Die

Aufrechnung im Prozeß.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

ACAD. LIBRARY BIBL.

vorgelegt von

Otto Friedrich

aus Schweinfurt,

Rechtspraktikant am Kgl. Landgericht München II.

Approbiert am 16. Mai 1909.

München u. Freising.

Druck von Dr. F. P. Datterer & Cie., G. m. b. H.

8

Referent: Universitätsprofessor Dr. Oertmann.

Literaturverzeichnis.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 14. Aufl.

Bretiner, Der Prozeßvertreter und die Aufrechnung. Deutsche Juristenzeitung, Jahrg. 3 S. 343 ff.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl.

Bunsen, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 4. Aufl.

Dernburg, Pandekten, 7. Aufl.

— Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 3. Aufl.

Dronke, Die Aufrechnung als Prozeßhandlung. Deutsche Juristenzeitung, Jahrg. 7 S. 220.

Eccius, Nachträgliche Bemerkungen über die Eventualaufrechnung. Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot, Bd. 42 S. 233 ff.

Fitting, Hallenser Festgabe für Dernburg, 1900.

Förtsch, Wird unter der Herrschaft des BGB. die Prozeßvollmacht zur Vornahme und Entgegennahme der Aufrechnung und anderer einseitiger Willenserklärungen, die dem andern Teile gegenüber abzugeben sind, ermächtigen? Bedarf die Frage der Regelung in der ZPO.? — Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß, Bd. 7 S. 401 ff.

Förtsch, Die sogenannte Eventualaufrechnung unter dem Rechte des BGB. — Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot, Bd. 42 S. 225 ff.

Friedenthal, Einwendung und Einrede in der Zivilprozeßordnung und im BGB.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 8. und 9. Aufl.

Geib, Theorie der gerichtlichen Kompensation.

Götte, Zwei Streitfragen über die Aufrechnung im BGB. — Archiv für bürgerliches Recht, herausgegeben von Kohler, Ring und Oertmann, Bd. 17 S. 164 ff.

Hellwig, Anspruch und Klagrecht.

— Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts.

Kiehl, Die Exmissionsklausel und das Aufrechnungsrecht des Mieters. Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot, Bd. 45 S. 763 f.

Kleinfeller, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts.

Kohler, Der Prozeß als Rechtsverhältnis.

— Kompensation und Prozeß. — Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, begründet von Busch, Bd. 20 S. 1 ff.

— Die Aufrechnung nach dem BGB. — Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, begründet von Busch, Bd. 24 S. 1 ff.

Könnemann, Ueber die prozessuale Geltendmachung der Aufrechnung. Juristische Monatsschrift, 3. Jahrg. Nr. 3.
Liebknecht, Kompensationsvollzug und Kompensationseinrede nach gemeinem Recht.
— Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung.
Motive zu dem Entwurfe eines BGB. für das deutsche Reich, amtliche Ausgabe.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl.
— Zivilistische Rundschau im Archiv für bürgerliches Recht, herausgegeben von Kohler, Ring und Oertmann, Bd. 13 S. 125 (Besprechung von Leonhard, Die Aufrechnung, und Geib, Theorie der gerichtlichen Kompensation) und Bd. 14 S. 356 (Besprechung von Endemann, Einführung in das Studium des BGB.).
Otto, Vortrag vom 21. November 1898 über Aufrechnung. Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. Bd. 8 S. 728.
Petersen, Die Aufrechnung im Prozeß; Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 64 S. 253 ff.
Petersen-Anger, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 5. Aufl.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl.
Puchta, Pandekten, 12. Aufl.
Raddatz, Ermächtigt die Prozeßvollmacht zur Aufrechnungserklärung und deren Entgegennahme? Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß, Bd. 10 S. 217 ff.
Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 10. Aufl.
Siber, Kompensation und Aufrechnung.
Staudingers Kommentar zum BGB. und den Einführungsgesetzen, 3./4. Aufl.
Stölzel, Schulung für die zivilistische Praxis, II. Teil 4. Aufl.
Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl.
Wach, Prozeßvollmacht und Einrede der Aufrechnung. Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, begründet von Busch, Bd. 27 S. 1 ff.
Weigelin, Das Recht der Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld.
Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts.
Weismann, Die Aufrechnung nach dem BGB.; Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, begründet von Busch, Bd. 26 S. 1 ff.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 7. Aufl.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung und Fragestellung 1

I. Kapitel:

§ 2. Förtsch und Kohler als Vertreter der einander entgegengesetzten Anschauungen über die Aufrechnung im Prozeß 3

II. Kapitel:

§ 3. Gibt es im Prozeß eine Ausnützung der Kompensationslage, die etwas anderes ist, als die Vornahme des im BGB. normierten einseitigen empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfts der Aufrechnung? 8

III. Kapitel:

Kann das einseitige empfangsbedürftige Rechtsgeschäft der Aufrechnung zu einem Prozeß in derartige Beziehungen treten, daß es durch denselben Veränderungen seiner Rechtsnatur erleidet?

§ 4. Allgemeine Beeinflussung der Aufrechnungserklärung durch den Prozeß, in dem sie abgegeben wird 23

§ 5. Eventualaufrechnung 27

§ 6. Prozeßvollmacht und Aufrechnung 46

IV. Kapitel:

§ 7. Eine Aufrechnung im Prozeß, welche in der Geltendmachung einer materiellen Aufrechnungseinrede besteht 52

V. Kapitel:

§ 8. Die materiellrechtliche Wirkung des prozessualen Aufrechnungsvorbringens 56

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543504_0088

§ 1.

Einleitung.

Die Wirkung der Aufrechnung ist Schuldtilgung, materielle Rechtsänderung, ihre eigentliche Domäne war von jeher der Prozeß. In dem Zusammentreffen dieser beiden Tatsachen wurzeln die meisten Schwierigkeiten, welche die Aufrechnung seit alters der wissenschaftlichen Forschung bietet.

Im gemeinen Recht herrschte die Lehre, daß die Tilgung einer Schuld durch Aufrechnung vom Kompensationsvertrag abgesehen nur im Prozesse mit Mitteln des Prozesses herbeigeführt werden könne. Das BGB. trat dieser Theorie entgegen, indem es die Aufrechnung als einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft ausbildete. An der Eigentümlichkeit, daß das Hauptanwendungsgebiet der Aufrechnung im Prozesse liegt, hat sich dadurch nichts geändert. Auch heute noch ist die Aufrechnung außerhalb des Prozesses etwas Seltenes, im Prozesse eine überaus häufige Erscheinung. Ob aber auch die Rolle, welche die Aufrechnung im Prozesse spielt, die gleiche geblieben ist wie vordem, über diese Frage entbrannte schon mehrere Jahre, ehe das BGB. in Kraft trat, heftiger Streit. Auf der einen Seite wurde behauptet, daß das BGB. auf dem Gebiete der prozessualen Aufrechnung geradezu einen Umsturz bewirken müsse, die Gegner vertraten die Ansicht, es werde alles beim alten bleiben.

Gegen 1900 erlahmte der Streit, ohne zu einem irgendwie abschließenden Ergebnis geführt zu haben. Heute noch stehen gegen eine „herrschende Lehre" Namen wie Kohler

und Wach. Dabei ist der Streit von der größten praktischen Tragweite. Es sind insbesondere zwei praktisch wichtige Fragen, deren richtige Beantwortung von der Erkenntnis des wahren Wesens der Aufrechnung im Prozeß abhängt, einmal die Frage nach der materiellrechtlichen Wirkung einer im Prozeß erklärten Aufrechnung, besonders für den Fall, daß sie eventuell erklärt wird oder daß der Prozeß liegen bleibt, ferner die Frage, ob die Prozeßvollmacht zur Abgabe und Entgegennahme einer Aufrechnungserklärung ermächtigt. Solange über diese Punkte keine Einigkeit erzielt ist, dürfte ein Versuch, die alte Streitfrage von neuem zu beleben, nicht überflüssig erscheinen.

Die Verfasser jener vor 1900 erschienenen Abhandlungen gingen zumeist von der Frage aus, ob es unter der Herrschaft des neuen Rechts noch eine Einrede oder nur mehr eine Einwendung der Aufrechnung gebe. Friedenthal[1]) hat den Unterschied, der zwischen der Einrede des BGB. und der Einrede der ZPO. besteht, deutlich aufgewiesen und hat die erstere als ein Leistungsverweigerungsrecht definiert, die letztere als eine Behauptung, die ungeachtet der Richtigkeit des Klagegrundes genügt, um die Abweisung der Klage herbeizuführen. Daß Berufung auf vollzogene Aufrechnung im Prozeß stets eine Einrede im prozessualen Sinne ist, daß es eine „Einrede der Aufrechnung" jedenfalls gibt, wird demgemäß heute allgemein anerkannt. Wollten wir die bisherige Fragestellung beibehalten, so müßten wir die Frage wenigstens folgendermaßen präzisieren: gibt es unter der Herrschaft des neuen Rechts nach dem Sprachgebrauch des BGB. eine Einrede der Aufrechnung oder nur eine Einwendung. Wir werden uns allerdings auch mit dieser Frage zu beschäftigen haben, ihre Beantwortung wird uns aber nicht über alles Aufschluß geben, was an der Aufrechnung und ihrer Verwendung im Prozeß uns interessiert. Um daher einerseits die Gefahr eines nur terminologischen Streites zu meiden, andrerseits eine möglichst erschöpfende

[1]) Friedenthal, Einwendung und Einrede.

Untersuchung des prozessualen Aufrechnungsvorbringens zu erreichen, dürfte es vorteilhaft sein, die bisherige Fragestellung zu verlassen und die Frage folgendermaßen zu formulieren:[1])

Gibt es eine eigentliche Aufrechnung im Prozeß?

Diese Frage ist in doppeltem Sinne zu verstehen:

1. Gibt es im Prozeß eine Ausnützung der Kompensationslage, die etwas anderes ist, als die Vornahme des im BGB. normierten einseitigen empfangsbedürftigen Rechtsgeschäftes der Aufrechnung?

2. Kann das einseitige empfangsbedürftige Rechtsgeschäft der Aufrechnung zu einem Prozeß in derartige Beziehungen treten, daß es durch denselben Veränderungen seiner Rechtsnatur erleidet?

I. Kapitel.

§ 2.

Förtsch und Kohler.

Die Behauptung, daß es unter der Herrschaft des BGB. eine „Aufrechnung im Prozeß" nicht mehr geben werde, dürfte zuerst Förtsch im Sächs. Arch. Bd. 7 S. 401 ff. aufgestellt haben. Förtsch geht dort von der Frage nach dem Verhältnis der Prozeßvollmacht zur Aufrechnung aus und argumentiert folgendermaßen: die Aufrechnung ist Prozeßhandlung, wenn es eine „Aufrechnung im Prozesse" gibt. Die Motive sprechen von einer „Aufrechnung im Prozesse", und daß sie damit nicht nur eine „während" des Prozesses vorgenommene Aufrechnung bezeichnen wollen, beweist der Gegensatz „außerprozessualisch". Ob man aber aus diesen Worten der Motive folgern dürfe, daß es wirklich eine „Aufrechnung im Prozesse" gebe, erscheint ihm „mehr als zweifelhaft".

In seiner im folgenden Jahre erschienenen Abhandlung

[1]) Vgl. Förtsch, Gruchot Bd. 42 S. 226.

über die Eventual-Aufrechnung[1]) erklärt Förtsch entschieden: eine Aufrechnung im Prozeß gibt es nicht. Wenigstens hat eine Aufrechnung, die von einem verklagten Schuldner erklärt wird, keine anderen Voraussetzungen und keine anderen Wirkungen, als diejenige, welche ein nicht verklagter Schuldner erklärt. Es gibt nur ein Rechtsgeschäft der Aufrechnung und im Prozesse nur den Einwand geschehener Aufrechnung. Rechtsgeschäft und der darauf gestützte Tilgungseinwand sind scharf zu scheiden. Wann und wo das Rechtsgeschäft vorgenommen wird, ob vor dem Prozeß oder während des Prozesses, ob im Gerichtssaal oder außerhalb, ist gleichgültig.

Förtsch bestreitet also das Vorhandensein einer Aufrechnung im Prozeß sowohl in dem ersten als auch in dem zweiten diesem Ausdrucke von uns oben untergelegten Sinne. Eine Aufrechnung, die keine anderen Voraussetzungen und keine anderen Wirkungen hat als das Rechtsgeschäft der Aufrechnung nach dem BGB., kann auch unter dem Einfluß des Prozesses keinerlei Veränderungen erlitten haben. Denn jede Veränderung müßte eben in einer Aenderung der Voraussetzungen oder der Wirkungen bestehen. Die notwendige Folge dieser Anschauung — für uns zugleich der beste Beweis dafür, daß wir Förtsch nicht mißverstanden haben — ist, daß Förtsch die Zulässigkeit der Eventual-Aufrechnung leugnet. In diesem letzteren Punkte ist ihm kein Autor gefolgt; man hat vielmehr auf verschiedene Weise sich bemüht, diese Schlußfolgerung nicht ziehen zu müssen. Im übrigen aber ist Förtsch's Ansicht herrschende Lehre geworden.

Im Gegensatz hierzu behauptet Kohler:[2])

Die Aufrechnung erfolgt:

1. Durch einseitiges Rechtsgeschäft,
2. Durch einseitige Rechtshandlung, welche Ausfluß eines Rechtsverhältnisses ist, — das ist der Fall im Prozeß.

Diese Aufrechnung im Prozeß hat nach Kohler folgende

---

[1]) Gruchot, Bd. 42 S. 225 ff.

[2]) Busch, Bd. 24 S. 17 ff.

Eigentümlichkeiten. Sie ist nichtig, wenn das Prozeßrechtsverhältnis nichtig ist; sie ist wirkungslos, wenn sie prozessual unnötig ist. Sie erfolgt mit der Wirkung einer Prozeßhandlung: geschieht sie in der Klage, so erlischt sie, wenn die Klage rechtsgültig zurückgenommen wird, geschieht sie durch Einrede, so kann sie wie jede Einrede zurückgezogen werden, geschieht sie durch Erklärung des Appellanten in der Berufungsinstanz, so kann sie mit der Berufung zurückgenommen werden.

Wie sich Kohler diese Kompensations-Einrede — diesen Ausdruck gebraucht er auch im Gegensatz zu Förtsch — denkt, ist aus seinen Ausführungen nicht klar zu ersehen.

Die scharfe Scheidung zwischen einseitigem Rechtsgeschäft und einseitiger Rechtshandlung im Prozeß legt die Annahme nahe, daß Kohlers Kompensationseinrede mit dem einseitigen Rechtsgeschäft der Aufrechnung nichts gemein habe. Sie scheint zunächst kein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft zu sein, ein solches auch nicht zu enthalten. Denn er sagt von der zivilistischen Aufrechnung in ausdrücklichem Gegensatz zur prozessualen:[1]) sie geschieht durch eine an den Aufrechnungsgegner gerichtete Willenserklärung, sie ist wirksam und nur wirksam, wenn sie an die Adresse gelangt ist. Daraus, daß Kohler, wie sich an der angeführten Stelle aus dem Zusammenhang ergibt, diese Eigentümlichkeit der zivilistischen Aufrechnung nur hervorhebt, um damit einen Unterschied von der prozessualen Aufrechnung zu zeigen, folgt mit Notwendigkeit, daß nach seiner Ansicht die prozessuale Aufrechnung einerseits trotz der Empfangnahme der Erklärung durch den Adressaten unwirksam, andererseits aber auch ohne Empfangnahme wirksam sein kann.

Die genaue Umschreibung des Begriffes Prozeßrechtshandlung dürfte man in Kohlers „der Prozeß als Rechtsverhältnis" zu suchen haben, wo sich dieser Begriff unter dem Namen Prozeßrechtsakt findet. Auch der Prozeßrechtsakt übt

[1]) Busch, Bd. 24 S. 19.

nach Kohlers Definition[1]) Rechtswirkung aus als Ausfluß eines Rechtsverhältnisses, des Prozesses. Kohler sagt dort in § 9: Rechtsakte der Parteien sind Prozeßanträge, Tatsachenbehauptungen, Beweisantretungen. Ein zivilistisches Rechtsgeschäft der Aufrechnung findet unter diesen drei Kategorien keinen Platz. Hätte Kohler in seiner Kompensationseinrede ein Rechtsgeschäft erblickt, so hätte er sie den Prozeßrechtsgeschäften zurechnen müssen, von denen er a. a. O. § 15 in ausdrücklichem Gegensatz zu den Prozeßrechtsakten sagt, daß ihre Hauptwirksamkeit von der Gültigkeit des Prozeßrechtsverhältnisses unabhängig ist. Dann hätte er sie mit Anerkennung, Verzicht und Vergleich auf gleiche Stufe stellen müssen, mit Rechtsgeschäften, die auch außerhalb des Prozesses wirksam sind, deren zivilistische Wirksamkeit daher von der rechtlichen Gültigkeit des Prozesses nicht abhängt.

Auch Wach, fast der einzige, der entschieden für Kohlers Aufrechnungslehre eintritt, scheint in Kohlers Kompensationseinrede kein zivilistisches Rechtsgeschäft zu erblicken, wenngleich seine vorsichtige Ausdrucksweise darauf schließen läßt, daß auch ihm die Entscheidung der Frage zweifelhaft ist. Er sagt:[2]) Die Eigenschaft als Verteidigungsmittel ist die prinzipale Funktion der Aufrechnung im Prozeß; ihre rechtsgeschäftliche Bedeutung tritt dagegen ganz zurück, ja es wird sich fragen, ob ihr solche im Sinne des wahren zivilen Rechtsgeschäfts überhaupt beigelegt werden darf.

Ist also Kohlers Aufrechnung im Prozeß etwas von Grund aus anderes, als das zivilistische Rechtsgeschäft der Aufrechnung, so dürfte sie der gemeinrechtlichen Kompensationseinrede jedenfalls nahe kommen, vielleicht mit ihr sich decken. In diese Richtung weisen insbesondere Kohlers Worte in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 24 S. 21: die prozessuale Kompensation wirkt nur durch das Urteil und in der Art wie sie im

[1]) Der Prozeß als Rechtsverhältnis S. 46.
[2]) Busch, Bd. 27 S. 1.

Urteil berücksichtigt wird, die zivilistische Kompensation wirkt durch sich selbst. Dies klingt wie unveränderte gemeinrechtliche Lehre und findet sich in einem Aufsatz mit dem Titel „die Aufrechnung nach dem BGB."

Man möchte daraus schließen, der Inhalt der Lehre Kohlers sei, daß die gemeinrechtliche Kompensationseinrede unter der Herrschaft des BGB. unverändert fortbestehe. Diese Annahme hat um so mehr für sich, als Kohler auch für das gemeine Recht die Möglichkeit einseitigen Kompensationsvollzugs außerhalb des Prozesses annimmt, sich für ihn also durch das BGB. an dem materiellen Aufrechnungsrecht nichts geändert hat.

Kohler scheint also unsere Frage in ihrer ersten Fassung zu bejahen. Obwohl dies eine Bejahung der Frage in ihrer zweiten Fassung eigentlich mit Notwendigkeit ausschließt, finden sich doch in seinen Aufsätzen Stellen, die darauf hinzuweisen scheinen, daß Kohlers Aufrechnung im Prozeß dennoch ein Rechtsgeschäft ist, das nur unter dem Einfluß des Prozesses Veränderungen seiner Rechtsnatur erleidet. So sagt er in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 24 S. 18 unter c: die Aufrechnung im Prozeß geschieht in der Form prozessualischer Rechtsakte. Der Widerspruch, der darin liegt, daß die Kompensationseinrede einerseits ein Prozeßrechtsakt genannt wird, andererseits nur die Form eines Prozeßrechtsaktes haben soll, ließe sich nur dadurch erklären, daß man annähme, die einseitige Rechtshandlung, die Ausfluß des Prozesses als eines Rechtsverhältnisses ist — oben kurz Prozeßrechtshandlung genannt —, sei eben etwas anderes, als was Kohler in „der Prozeß als Rechtsverhältnis" unter Prozeßrechtsakt versteht.

In diesem Sinne scheint Hellwig Kohler zu verstehen, der unter besonderer Berufung auf Kohler in seinem Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts S. 242 sagt: genügt (im Prozeß) für die Ausübung eines Aufhebungsrechts (wie etwa des Aufrechnungsrechts) die Abgabe einer Willenserklärung, so liegt hierin eine Prozeßhandlung und diese folgt hinsichtlich der Form

ihrer Vornahme durchaus den für Prozeßhandlungen geltenden Vorschriften.

Und nicht nur bezüglich der Form steht nach Kohler die Aufrechnung im Prozeß unter dem Einfluß des Prozesses. Auch an der Widerruflichkeit der Prozeßakte des Beklagten soll der Kompensationsakt teilnehmen, gerade so wie ein in das Testament aufgenommener Akt (z. B. eine Adoption) an der Eigenart der testamentarischen Errichtung teilnimmt, daß er nämlich bis zum Tode beliebig widerrufen werden kann. Desgleichen folgt bezüglich der Frage, wielange eine Kompensationserklärung in wirksamer Weise abgegeben werden kann, die prozessuale Erklärung der Eigenart des Prozesses. In allen diesen Stellen tritt die Rechtsgeschäftsnatur der Aufrechnungserklärung unverkennbar hervor und es wird der Einfluß des Prozesses auf die in denselben aufgenommene Erklärung betont.

Es finden sich somit in Kohlers Abhandlungen über die Aufrechnung zwei sich widersprechende Theorien, nicht zeitlich nacheinander, sondern nebeneinander. Im folgenden Kapitel soll zunächst nur diejenige Anschauung Kohlers, nach welcher die Aufrechnung im Prozeß mit der Vornahme des im BGB. normierten einseitigen empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfts der Aufrechnung nichts gemein hat, berücksichtigt und im Zusammenhalt mit der entgegengesetzten Lehre Förtschens auf ihre Haltbarkeit geprüft werden.

II. Kapitel.

§ 3.

Gibt es im Prozeß eine Ausnützung der Kompensationslage, die etwas anderes ist, als die Vornahme des im BGB. normierten einseitigen empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfts der Aufrechnung?

Eine Begründung hat Kohler seiner Lehre nicht beigegeben. Auch Wach stützt den entschieden verteidigten Standpunkt Kohlers

nicht durch einen einzigen eigenen Grund. Eccius[1]) meint daher, Kohlers Theorie suche ihre Begründung anscheinend nur in der Natur der Sache, und Könnemann[2]) ist zu dem Vorwurf berechtigt, daß Kohler den Beweis seiner Behauptungen schuldig geblieben sei.

Man könnte folgende Stelle der Motive zur Verteidigung der Lehre Kohlers heranziehen[3]): Nur dadurch unterscheidet sich der Entwurf zu einem Teile von der bestehenden Gesetzgebung, daß nicht prozessuale Geltendmachung der Aufrechnung im Wege der Einrede erforderlich ist.

Es ist m. E. unrichtig, wenn Förtsch diesen Satz für seine Lehre in Anspruch nimmt[4]). Wenn einredeweise Geltendmachung nicht erforderlich ist, so braucht sie noch nicht ohne weiteres ausgeschlossen zu sein. Im Gegenteil, das Wort „erforderlich" drückt aus, daß das neue Gesetz nur eine Erleichterung bringen will für diejenigen, welchen die „Anforderungen" der früheren Gesetzgebung zu unbequem erschienen. Wäre Kohlers Name nicht Anlaß genug, sich mit seiner Lehre zu befassen, dieser Satz der Motive allein würde dazu zwingen. Aus dieser Stelle der Motive, sowie aus der anschließenden: „es genügt vielmehr die einseitige auch außergerichtliche Willenserklärung des Aufrechnenden, um die Aufrechnung mit ihren Wirkungen in das Leben zu rufen", könnte man schließen, daß das BGB. auf dem Standpunkt des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuches stehe, das im § 992 eine gerichtliche und eine außergerichtliche Aufrechnungserklärung nebeneinander nennt. Dies würde ja mit Kohlers Ansicht völlig übereinstimmen.

Hiegegen läßt sich nun schon mit Otto[5]) einwenden, daß das sächsische Gesetzbuch eben ausdrücklich von einer gerichtlichen Aufrechnungserklärung spricht, das BGB. aber nicht, und das

[1]) Gruchot, Bd. 42 S. 15.
[2]) Jur. Monatsschr. III. Jahrg. Nr. 3.
[3]) Motive zum I. Entwurf, II. S. 107.
[4]) Sächs. Archiv, Bd. VII S. 402.
[5]) Sächs. Archiv, Bd. VIII S. 729.

Gesetzbuch ist in Kraft, nicht seine Motive. Die Motive sind aber überhaupt unzuverlässige Eideshelfer. Schon einer der nächsten Sätze stützt die gegnerische Anschauung: „Die Kompensationslage erzeugt keine Einrede im materiellen Sinne, die vollzogene Kompensation erzeugt, wie die Zahlung, die materielle Einwendung, daß der Gläubiger befriedigt sei.“ Die gemeinrechtliche Kompensationseinrede war zweifellos nicht eine auf vollzogene Kompensation gestützte Einrede. Demnach unterscheidet sich der Entwurf doch mehr, als die Motive an der oben angegebenen Stelle besagen, von der bisherigen Gesetzgebung.

Beachtenswerter als die den Motiven entnommenen Gründe gegen Kohlers Lehre sind die Angriffe, die sich auf die Gesetze selbst stützen. Könnemann[1]) hebt hervor, daß das BGB. und die ZPO. eine Scheidung der Aufrechnung in zwei Arten, wie sie Kohler lehrt, nicht kenne, und daß das Rechtsinstitut der Aufrechnung nach Inhalt, Voraussetzungen und Wirkungen erschöpfend im materiellen Rechtssystem des BGB. behandelt sei, die ZPO. aber nur bestimme, wie der Rechtsbehelf der geschehenen Aufrechnung prozessual behandelt werden müsse. Ähnlich äußern sich Eccius[2]) und Siber[3]). Auch Dernburg[4]) vertritt diese Anschauung und stützt sie noch besonders mit dem Hinweis darauf, daß es befremdend wäre, wenn das BGB. seine Bestimmungen für die prozessuale Aufrechnung, welche die bei weitem häufigste sei, nicht getroffen hätte.

Derselbe Gedanke findet sich etwas variiert in dem Kommentar von Petersen und Anger[5]). Dort heißt es: Die Auffassung, daß bezüglich der prozessualen Aufrechnung besondere Grundsätze gelten, läßt sich nicht aufrecht erhalten; denn der Aufrechnende will auch in solchen Fällen nur bewirken, daß die sich gegenüberstehenden Forderungen gemäß § 389 BGB.

[1]) Jur. Monatsschr. III. Jahrg. Nr. 3.
[2]) Gruchot, Bd. 42 S. 15.
[3]) Kompensation und Aufrechnung, S. 111 ff.
[4]) Lehrb. d. bürgerl. Rechts, Bd. II. 1. S. 321.
[5]) Nr. 12 zu § 145.

als erloschen gelten, und diese Vorschrift kann nur Anwendung finden, wenn die Bestimmungen des BGB. über die Aufrechnung beobachtet worden sind. — Es ist gar nicht erwiesen, daß, wer im Prozeß aufrechnet, weiter nichts will, als daß die sich gegenüberstehenden Forderungen als erloschen gelten. Vielleicht will er nur Abweisung der Klage. Gerade Petersens Ausführungen decken einen schwachen Punkt dieser ganzen Argumentation auf. Denn auch Könnemann und die anderen oben zitierten Autoren setzen ohne Grund als selbstverständlich voraus, daß der im Prozeß Aufrechnende weiter nichts als das Erlöschen der beiden Forderungen erreichen will.

Förtsch selbst hat seine Lehre nur begründet mit dem kurzen Hinweis darauf, daß nach neuem Recht der Schuldner selbst, ohne sich an den Richter wenden zu müssen, die Tilgung seiner Schuld bewirke, indem er die Aufrechnungserklärung abgebe.

Von diesem Satze abgesehen, der als eine fast nackte Wiederholung des Gesetzeswortlauts wenigstens auf den ersten Blick nicht den Eindruck eines schlagenden Beweises macht, bleiben wir somit für die Verteidigung der Lehre Förtschens gegen Kohlers Theorie auf die Behauptung angewiesen, daß das Rechtsinstitut der Aufrechnung erschöpfend im BGB. behandelt sei.

Unbedingt überzeugend ist diese Beweisführung nicht. Es läßt sich nur behaupten, daß das Rechtsinstitut der Aufrechnung im BGB. so vollständig behandelt sei, daß es nirgends einer Ergänzung bedarf; daß kraft gesetzgeberischen Willens jede im BGB. nicht normierte Rechtswirkung der Kompensationslage ausgeschlossen sein soll, ist im Gesetz nirgends ausgesprochen; daß die Regelung des Aufrechnungsrechts kraft ihres Wesens jede solche nicht normierte Rechtswirkung ausschließe, in diesem Sinne also erschöpfend sei, bedarf noch des Beweises. Solange dieser Beweis nicht erbracht ist, bleibt die mögliche Behauptung, daß Kohlers Theorie im Wesen der Sache begründet sei, einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestätigung also nicht bedürfe, unwiderlegt. Dieser Beweis soll im folgenden versucht werden.

Eine Untersuchung der Frage, ob es die Kompensationseinrede, die unter gemeinem Recht bestand, unter der Herrschaft des BGB. noch gibt, muß selbstverständlich von dem Wesen der gemeinrechtlichen Kompensationseinrede ausgehen, und dieses wiederum kann ohne ein Zurückgreifen auf das gemeinrechtliche Kompensationsrecht nicht erfaßt werden.

Zunächst müssen wir den Begriff „gemeines Recht" für unseren Zweck nach zwei Seiten hin abgrenzen. — In den letzten Dezennien der Geltung des gemeinen Rechts trat in Theorie und Praxis die Neigung hervor, eine Entwicklung des Kompensationsrechts anzuerkennen,[1]) und zwar in dem Sinne, daß die Kompensationslage ihrem Ziele, dem Erlöschen der beiden Forderungen, in einer einfacheren, besonders für die Gläubiger-Schuldner bequemeren Weise sich zuführen lasse. Diese Entwicklung hat in den §§ 387 ff. BGB. ihren vorläufigen Abschluß gefunden. Ist es richtig, daß nach Abschluß dieser Entwicklung das Fortbestehen der gemeinrechtlichen Kompensationseinrede unmöglich ist, so hat natürlich schon während dieser Entwicklung eine Unstimmigkeit zwischen diesem entwickelten gemeinen Kompensationsrecht und der Kompensationseinrede bestanden. Bei einer Gegenüberstellung des alten und des neuen Rechtszustandes darf das Uebergangsstadium, das die beiden verbindet, demnach nicht berücksichtigt werden.

Für unsere Untersuchung kann nur dasjenige gemeinrechtliche Kompensationsrecht in Betracht kommen, aus dem die Kompensationseinrede gewissermaßen herausgewachsen ist, das durch diese Einrede dauernd gleichmäßig angewendet wurde und wirkte. Wir dürfen annehmen, daß es, ehe die oben erwähnte Entwicklung einsetzte, ein solches sich stets gleichbleibendes gemeines Kompensationsrecht gab, wenn auch die Kompensationsvollzugstheorien beständig wechselten, bald sich nebeneinander drängend, bald einander ablösend. Was freilich das Wesen

[1]) Entsch. des RG. Bd. XI S. 120; Dernburg, Pand. (6. Aufl.) S. 172.

dieses Kompensationsrechtes war, ist bis zum heutigen Tage sehr umstritten. Eine eigene Untersuchung dieser Frage liegt außerhalb des Rahmens dieser Arbeit. Eine „herrschende Theorie" kann nicht ohne weiteres Grundlage für unsere Untersuchung sein. Denn erstens waren zu verschiedenen Zeiten verschiedene Theorien die herrschenden und ferner ist die Tatsache daß eine Lehre herrscht, noch kein Beweis für ihre Richtigkeit. Es müssen besonders diejenigen Ansichten, welche erst in letzter Zeit im Gegensatz zur herrschenden Theorie aufgetaucht sind, so die Abhandlungen von Geib[1]) und Liebknecht,[2]) voll beachtet werden. Da sie einerseits erst vor verhältnismäßig kurzer Zeit erschienen sind, andererseits unmittelbar nach dem Erscheinen durch das neue Recht aus dem Mittelpunkte des Interesses verdrängt wurden, ist nicht zu entscheiden, ob sie nicht den Keim zu einer herrschenden Lehre in sich tragen und den Schein absoluter Richtigkeit, den die überwiegende Verbreitung verleiht, sich hätten erringen können. Gerade die jüngsten Untersuchungen haben für uns das größte Interesse. Denn regelmäßig pflegt doch den Späteren, die die Früchte mühsamer Arbeit der Vorgänger mühelos ernten und verwerten können, eine tiefere Einsicht beschieden zu sein.

Ebendiese Erwägung berechtigt uns, von der in den ersten Jahrhunderten der Geltung gemeinen Rechts herrschenden Theorie des Martinus abzusehen. Sie ist durch die Forschungen der großen Pandektisten des vorigen Jahrhunderts als gemeinrechtliche Lehre abgetan.

Nach der herrschenden Theorie dieser Blütezeit der Pandektenwissenschaft kann die Aufrechnung im Prozesse durch Urteil, außerhalb des Prozesses nur durch Vertrag vollzogen werden;[3]) vor dem Vollzug aber, von dem Zeitpunkt an, in

[1]) Geib, Theorie der gerichtlichen Kompensation.

[2]) Liebknecht, Kompensationsvollzug und Kompensationsvorbringen nach gemeinem Recht.

[3]) a) Brinz, Pand. Bd. II 1 S. 419 ff.: „Die Kompensation kommt in zweierlei Weise vor, einmal als Handlung, Geschäft, dann aber ipso

welchem sich die Forderungen kompensabel gegenübertreten, sind sie exzeptionsmäßig geschwächt, mit einer materiellen Einrede behaftet, „kompensieren" sie sich in dem Sinne, in welchem Brinz sich dieses Ausdrucks in seinen Pandekten bedient.

Brinz gibt zwar zu [1]), daß nach römischem Recht im Hauptanwendungsgebiet der prozessualen Kompensation, nämlich bei allen strengen Klagen, soweit sie nicht Schuldforderungen der Argentarier betrafen, oder es sich um Gegenansprüche ex eodem negotio handelte, mit Hilfe einer exceptio doli kompensiert wurde, behauptet aber, daß heute das ipso iure sich auch für diese Fälle durchgesetzt und die exceptio verdrängt habe. Alle anderen Pandektisten jener Zeit sind sich aber darüber einig, daß das Mittel zur Herbeiführung des prozessualen Kompensationsvollzugs die exceptio doli sei. Über das Wesen dieser

iure." — Unter der Kompensation ipso iure versteht Brinz aber kein von selbst eintretendes Erlöschen der Forderungen, sondern nur eine Vinkulierung. Die durch Geschäft vollzogene Kompensation nennt er weiter unten eine formlose, aber vertragsmäßige Abrechnung.

b) Puchta, Pand. (10. Aufl.) S. 457 f.: „Der Gläubiger, der dasselbe schuldet, ist als befriedigt anzusehen; aber dies muß durch einen besonderen Akt in Wirksamkeit gesetzt werden, durch Übereinkunft bei der freiwilligen Kompensation oder durch einseitige Geltendmachung gegen die Klage des Schuldners."

c) Arndts, Pand. (14. Aufl.) S. 531 ff.: „Die Kompensation kann mit beiderseitiger Einwilligung immer stattfinden, der Schuldner kann aber auch, vom Gläubiger belangt (— wohl: gerichtlich belangt —) . . . . seine Gegenforderung in Aufrechnung bringen . . . . durch Einrede."

d) Vangerow, Pand. (7. Aufl.) Bd. III S. 350 ff.: „Nach strengem Recht kann der Umstand, daß zwei Forderungen sich einander gegenüberstehen, auf keine derselben einen Einfluß äußern." — Mit dieser Behauptung wird vertragsmäßige Kompensation natürlich nicht ausgeschlossen, jede nicht vertragsmäßige dagegen ausgeschlossen.

e) Windscheid, Pand. (1879) Bd. II S. 321 ff.: „In anderer Weise, als durch Entgegensetzung der Kompensationseinrede, ... namentlich durch einseitige Kompensationserklärung kann der Schuldner nicht bewirken, daß die beiden Forderungsrechte beseitigt werden."

[1]) Brinz, Pand. Bd. II. 1 S. 419 ff.

exceptio doli scheinen die Ansichten wiederum auseinander zu gehen, doch dürfte es gelingen, die verschiedenen Meinungen in zwei Klassen einzuteilen.

Diese beiden Theorien der Pandektisten über das Wesen der Kompensationseinrede, sowie die Lehren Geibs und Liebknechts sollen im folgenden der Untersuchung der Frage nach der Möglichkeit eines Fortbestehens der gemeinrechtlichen Kompensationseinrede unter der Herrschaft des BGB. zugrunde gelegt werden.[1])

Ein Teil der gemeinrechtlichen Theoretiker legt den Nachdruck darauf, daß die Kompensationseinrede das Vorbringen der materiellen Einrede sei, mit der sich die kompensablen Forderungen durch ihr Gegenübertreten behaften. Siber[2]) hat versucht, auch für das römische Recht nachzuweisen, daß diese Einrede weiter nichts als Retentionseinrede sei. Jedenfalls waren diejenigen Pandektisten, welche die hier besprochene Ansicht vertraten, darüber einig, daß sie mit der Retentionseinrede nahe verwandt sei. Vangerow[3]) lehrt — und er weiß sich dabei mit der herrschenden Lehre einig —, der einzige Unterschied zwischen Kompensation und Retention sei der, daß bei der ersteren wesentlich Gleichartigkeit des Gegenstandes vorausgesetzt werde, während es auf Konnexität des Entstehungsgrundes nicht ankomme, bei der letzteren aber die Konnexität des Entstehungsgrundes wesentliche Voraussetzung, die Gleichartigkeit des Gegenstandes dagegen irrelevant sei. — Brinz[4])

---

[1]) Daß den Untersuchungen Geibs und Liebknechts hier eine so bedeutende Rolle zugewiesen wird, während die von Dernburg in seinen Pandekten vertretene Lehre einfach ausgeschieden wurde, rechtfertigt sich ohne weiteres daraus, daß dieser bewußt einer Entwicklung des gemeinen Rechts dient, wie er in seinem Lehrbuch des bürgerl. Rechts Bd. II, 1 S. 320 ausdrücklich hervorhebt, während jene nur aufklären wollen, was bisher unklar geblieben ist.

[2]) Kompensation und Aufrechnung S. 46 ff.

[3]) Pand. (7. Aufl.) Bd. III S. 350 ff.

[4]) Pand. Bd. II. 1 S. 419 ff.

weicht von dieser Lehre nur scheinbar ab. Er denkt sich die Kompensation als Retention. Aller und jeder Kompensation liegt nach seiner Ansicht das allgemeine Wesen des Retentionsrechtes zugrunde. Das Kompensationsrecht sei weiter nichts, als ein Retentionsrecht, das nicht nur zu zeitweiligem, sondern zu immerwährendem Zurückbehalten berechtige. Ihre weiteren Unterschiede vom Retentionsrecht — Gegenseitigkeit und Gleichartigkeit — folgten daraus von selbst.

Die Motive versichern nun, nach bürgerlichem Recht erzeuge die Kompensationslage keine Einrede im materiellen Sinne. Wäre dies im Gesetz ausgesprochen, so wäre es selbstverständlich, daß die gemeinrechtliche Kompensationseinrede unter der Herrschaft des BGB. nicht fortbestehen kann, und wir hätten nicht nötig gehabt, nach dem Wesen dieser Einrede weiter zu fragen. So aber ist jene Theorie zwar herrschende, doch nicht unbestrittene Lehre. Mit Recht weist Liebknecht[1]) darauf hin, daß dem BGB., „wenn man die künstliche Drapierung der Konstruktionen und Fiktionen abstreift", die Azo'sche Vollzugstheorie zugrunde liegt, nach welcher nicht die Erklärung, sondern die Koexistenz der Forderungen Ursache der Aufrechnung ist,[2]) in dem Augenblick der Koexistenz — also bereits potestativ — bedingte Tilgung der Forderungen erfolgt. Eine einer materiellen Einrede nicht unähnliche Rechtswirkung der Kompensationslage wäre demnach schon vor der Aufrechnungserklärung vorhanden. Von anderer Seite wurde eingewendet,[3]) die Kompensationslage erzeuge nach § 770 BGB. eine materielle Einrede für den Bürgen und auch der Hauptschuldner müsse aus der Aufrechnungsfähigkeit von Forderung und Gegenforderung eine Einrede entnehmen können, da er sonst unter Umständen trotz eigenen Aufrechnungsrechtes schlechter gestellt sei, als der

[1]) Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung S. 110.

[2]) Ebenso Oertmann im Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 13 S. 125, Bd. 14 S. 356.

[3]) Götte im Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 17 S. 168.

Bürge. Diese Schlußfolgerung dürfte nicht unanfechtbar sein; denn der Bürge haftet weniger streng als der Schuldner und seine geringere Haftung könnte eben in einem stärkeren Abwehrrecht ihren Ausdruck finden. Immerhin beweist § 770 BGB., daß die Kompensationslage eine materielle Einrede erzeugen kann.

Ist jedoch die gemeinrechtliche Kompensationseinrede der Retentionseinrede so nahe verwandt, so wird eine der gemeinrechtlichen gleiche Einrede unter der Herrschaft des BGB. durch die Kompensationslage zweifellos nicht erzeugt. Denn dann gilt auch von der Kompensationseinrede, daß sie ein Hilfsrecht ist zur Sicherung des Gegenanspruches und ein indirektes Zwangsmittel zu dessen Verwirklichung.[1]) Mit § 388 BGB. hat das Gesetz dem Aufrechnungslustigen die Möglichkeit gegeben, sich selbst zu befriedigen, und damit das Bedürfnis nach einer Sicherung des Gegenanspruchs beseitigt. Es hat ihm ein direktes Zwangsmittel zur Verwirklichung seines Anspruchs gegeben, d. h. ein Mittel, das nicht nur in einer Einwirkung auf die Handlungen des Gegners besteht, und hat damit das Bedürfnis nach einem indirekten Zwangsmittel beseitigt. Zweck allen Zivilrechtes ist, das Bedürfnis nach Regelung der Privatrechtsverhältnisse zu befriedigen; eine Rechtsnorm, die diesem Zweck nicht dienen könnte, weil sie geeignet wäre, ein Bedürfnis zu befriedigen, das nicht besteht, wäre etwas Sinnwidriges, ein Fehler im Rechtssystem, den wir nicht in das Gesetz hinein interpretieren können. Schon diese Erwägung berechtigt uns zu der Behauptung, daß die Selbstbefriedigung[2]) des § 388 BGB. nicht neben ein Hilfsrecht zur Sicherung des kompensablen Anspruchs, nicht als direktes Zwangsmittel neben ein indirektes Zwangsmittel zu seiner Verwirklichung tritt, sondern daß sie beides ersetzt und ausschließt. Daß die Kompensation nicht zur Retention des Geschuldeten berechtigt, wird nur praktisch wohl nie empfunden werden, weil der zu Unrecht

[1]) Vgl. Dernburg, Lehrbuch des bürgerl. Rechts Bd. II. 1 S. 133.
[2]) Götte a. a. O.

zurückbehaltende Schuldner, sobald sich die schlimmen Folgen seines Unrechts ihm fühlbar machen, regelmäßig von seinem Aufrechnungsrecht doch noch Gebrauch machen wird. Täte er es aber nicht, so müßten ihn alle Nachteile des Leistungsverzugs treffen.

Außerdem ist zu beachten, daß das BGB. in § 274 als Folge der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts die Verurteilung zur Erfüllung Zug um Zug bestimmt. Das Vorbringen einer Kompensationseinrede, die weiter nichts als eine besonders geartete Retentionseinrede ist, könnte natürlich nur die gleiche Wirkung haben. Da aber Erfüllung Zug um Zug dem Wesen der Aufrechnung völlig widerspricht, ja gerade ihren Gegensatz bildet, eine Ausnahme von der Bestimmung des § 274 für den Fall der Kompensabilität im Gesetz nicht vorgesehen ist, so kann man auch hieraus schließen, daß es eine solche materielle Kompensationseinrede unter der Herrschaft des BGB. nicht gibt.

Andere gemeinrechtliche Theoretiker sehen von der Verwandtschaft der Kompensations- und Retentionseinrede ab und fassen die Kompensationseinrede als einfache exceptio doli auf, deren Grund, wie Windscheid[1]) sagt, die sehr natürliche Betrachtung sei, daß es Schikane ist, einzufordern, was man wieder zurückgeben muß: dolo facit, qui petit, quod redditurus est.

Wir werden zwar unten nachzuweisen versuchen, daß auch für den Fall, daß diese Auffassung richtig wäre, die gemeinrechtliche Kompensationseinrede unter der Herrschaft des BGB. nicht mehr bestehen kann. Allein diese Lehre, schon von Brinz bekämpft, wurde neuerdings von Geib[2]) widerlegt. Gerade die Tatsache, daß ein Gelehrter von Windscheids Bedeutung sich mit dieser „sehr natürlichen Betrachtung" über das Wesen der Kompensationseinrede zufrieden gab, dürfte bezeichnend dafür sein, wie wenig klar man sich in der gemeinrechtlichen

[1]) Pand. (7. Aufl.), Bd. II S. 290.

[2]) Geib, Theorie der gerichtlichen Kompensation, S. 60 f.

Theorie über dieses Problem war, und dürfte zur Genüge dartun, daß die jüngsten Forschungen Geibs und Liebknechts voller Beachtung wert sind.

Wir kommen somit zu den Lehren dieser beiden Autoren, die nach dem Vorgang von Schwanert und Eisele daran festhalten, daß wesentlicher Bestandteil der Kompensationseinrede ein Kompensationsangebot sei. Beide stellen das Kompensationsangebot einem Zahlungsangebot, das nach der Annahmeverweigerung fortgesetzte Kompensationsangebot einer Deposition gleich. Hier trennen sich ihre Wege.

Geib setzt als Folge dieser Art von Deposition nur vorläufige Liberierung des anbietenden Gläubiger-Schuldners von seiner Schuld, Liebknecht hingegen resolutiv-potestativ bedingte Tilgung.

Die Kompensationseinrede ist nach Geib exceptio doli praesentis. Der Kläger handelt dolos, wenn er, obwohl ihm Befriedigung angeboten wurde, die Klage aufrecht erhält. Liegt demnach auch der dolus des Klägers in seinem Klagebegehren und nicht in seiner Annahmeverweigerung, so ist diese doch wesentliche Voraussetzung für den dolus. Mit der Möglichkeit der Annahmeverweigerung, also mit der Vertragsnatur des außergerichtlichen Kompensationsvollzugs, steht und fällt somit die gemeinrechtliche Kompensationseinrede.

Nun ist es allerdings herrschende Lehre, daß das BGB. den Kompensationsvertrag nicht beseitigt habe, und man könnte demnach hier einwenden, die Möglichkeit eines Kompensationsangebots und einer Weigerung, dasselbe anzunehmen, bestehe auch heute noch. Allein soweit der Kompensationsvertrag keinen anderen Inhalt und kein anderes Ziel hat, als das zu erreichen, was durch einseitige Aufrechnungserklärung erreicht werden kann, ist er m. E. etwas Unmögliches. Das beabsichtigte und vermeintliche Angebot des einen Teiles ist eine rechtswirksame Aufrechnungserklärung, für deren Wirksamkeit die übereinstimmende Erklärung des anderen Teiles völlig belang-

los ist. Sollen aber durch den Vertrag fehlende Voraussetzungen für die Aufrechnung ersetzt werden, so bietet der Gläubiger-Schuldner mit solchem Vertragsangebot nicht Befriedigung an. Denn nur die unter den gesetzlichen Voraussetzungen erfolgende Aufrechnung gilt kraft Gesetzes für beide Teile als Befriedigung. Wer nach Ablehnung eines derartigen Vertragsangebotes sein Klagebegehren aufrecht erhält, handelt also auch nicht dolos.

Legen wir Liebknechts Auffassung von dem Wesen der gemeinrechtlichen Kompensationseinrede unserer Untersuchung zugrunde, so gelangen wir zu dem gleichen Ergebnis, aber auf ganz anderem Wege. Nach Liebknecht beruft sich, wer im Prozeß die Aufrechnungseinrede vorbringt, auf resolutiv-potestativ bedingte Tilgung der eingeklagten Forderung. Er macht also eine rechtsaufhebende Tatsache geltend, ganz ebenso, wie es derjenige nach der herrschenden Ansicht tut, der unter der Herrschaft des BGB. im Prozeß die Aufrechnung einer Gegenforderung geltend macht. Ist Liebknechts Ansicht richtig, so konnte nach gemeinem Recht die Ausnützung der Kompensationslage außerhalb des Prozesses und vor demselben ebensogut erreicht werden, wie im Prozesse; der Prozeß gab nur die Möglichkeit, die resolutiv-potestativ bedingte Tilgung zur definitiven zu machen. Daß trotzdem die gemeinrechtliche sogenannte Kompensationseinrede auf den Prozeß gebaut schien, mag seinen Grund darin haben, daß der Kompensant durch Zurücknahme des Kompensationsangebotes die rechtsaufhebende Tatsache, auf die er sich berufen hatte, beseitigen, durch neuerliches Kompensationsangebot wieder erzeugen, sie somit völlig der jeweiligen Prozeßlage anpassen konnte, und überdies nicht gehindert war, das Kompensationsangebot bloß eventuell zu machen.[1])

Wenn wir also von Liebknechts Theorie ausgehen, so erscheint die Möglichkeit, daß sich eine „Aufrechnung im Prozeß", d. h. eine Aufrechnung, die nicht nur Allegation ist, aus dem

[1]) Kompensationsvollzug und Kompensationsvorbringen, S. 84.

gemeinen Recht in unseren vom BGB. beherrschten Prozeß herübergerettet habe, vollends ausgeschlossen. Denn dann gab es schon unter der Herrschaft des gemeinen Rechts im Prozeß kein Aufrechnungsvorbringen, das etwas anderes, als Allegation war. Aber auch sonst kann das heutige prozessuale Aufrechnungsvorbringen mit dem gemeinrechtlichen nichts gemein haben; denn da es ein Kompensationsangebot unter der Herrschaft des BGB. nicht mehr gibt, wie oben bei der Besprechung der Theorie Geibs dargelegt wurde, so kann auch die resolutivpotestativ bedingte Tilgung, die im Mittelpunkt der Lehre Liebknechts steht, nicht mehr herbeigeführt, noch im Prozeß zur definitiven Tilgung gemacht werden.

Bisher gingen wir durchweg von der Vermutung aus, daß die von Kohler behauptete „Aufrechnung im Prozeß" der gemeinrechtlichen Kompensationseinrede gleich sein müsse, und wir gründeten dieses Vorgehen darauf, daß Kohlers „Aufrechnung im Prozeß" mit der gemeinrechtlichen Kompensationseinrede die Eigenschaft gemein haben soll, nur durch das Urteil zu wirken, sowie auf die Tatsache, daß das BGB. gegenüber der gemeinrechtlichen Kompensationstheorie Kohlers nichts wesentlich Neues gebracht hat. Für eine allerdings stark erschütterte Theorie blieben wir hiebei den Beweis schuldig, nämlich für diejenige, nach welcher die Kompensationseinrede exceptio doli ist, gegründet auf den Satz: dolo facit, qui petit, quod redditurus est. Außerdem aber erweist sich die ganze von dem bezeichneten Gesichtspunkte ausgehende Untersuchung als nicht völlig genügend. Denn wenn es auch gewiß nicht wahrscheinlich ist, daß es unter der Herrschaft des BGB. eine „Aufrechnung im Prozeß" gibt, die der gemeinrechtlichen Kompensationseinrede so ähnlich ist, und dennoch unter gemeinem Recht nicht bestanden hat, so ist dieser Gedanke doch noch möglich.

In diese Lücke unserer Beweisführung tritt eine Erwägung, die außerdem fast geeignet erscheint, alle bisher vorge-

brachten Beweisgründe überflüssig zu machen, und die dieselben jedenfalls erheblich stützt.

Die Tätigkeit, welche der Staat durch die Zivilgerichte ausüben läßt, hat subsidiären Charakter; sie dient der Rechtsverwirklichung, setzt aber voraus, daß diejenigen, welche sie in Anspruch nehmen, ihr Recht auf andere Weise, sei es auf gütlichem Wege, sei es durch erlaubte Selbsthilfe, nicht verwirklichen können. Bezüglich des Rechtes auf Klageerhebung ist dies anerkannt: das Rechtsschutzbedürfnis ist unerläßliche Voraussetzung des Rechtsschutzanspruches.[1]) Was von dem Anspruch auf richterliche Tätigkeit im allgemeinen gilt, muß auch von jedem einzelnen an das Gericht gestellten Begehren gelten. Es wird zwar von demjenigen, welcher ein Verlangen an das Gericht stellt, außer in bestimmten Ausnahmefällen[2]) ein Nachweis des Rechtsschutzbedürfnisses nicht gefordert; er hat die Vermutung für sich, daß dieses Bedürfnis besteht. Diese Vermutung wird aber dadurch widerlegt, daß das Gegenteil gerichtsbekannt ist. Daß der Gläubiger-Schuldner die Tilgung von Forderung und Gegenforderung durch einseitige Erklärung ohne Inanspruchnahme richterlicher Tätigkeit bewirken kann, ist gerichtsbekannt. Die Möglichkeit, die Aufrechnung durch einseitige Erklärung zu vollziehen, schließt also jede Möglichkeit, den Richter in anderer Weise, als durch Berufung auf vollzogene Aufrechnung mit der Gegenforderung zu befassen, aus.

Kohlers Lehre hat also ihren Grund keineswegs im Wesen der Sache; sie widerspricht vielmehr dem Wesen allen Prozesses. Grundsätzlich gibt es unter der Herrschaft des BGB. im Prozeß nur Berufung auf vollzogene Aufrechnung. Daß wir eine Ausnahme von diesem Grundsatz kennen lernen werden, soll hier nur erwähnt und erst weiter unten an geeigneterer Stelle dargelegt werden.[3])

[1]) Vgl. Gaupp-Stein, Vorbem. IV vor § 253.
[2]) So namentlich in den Fällen der §§ 256 und 259 ZPO.
[3]) Unten § 7.

Den Angelpunkt unserer sämtlichen Beweise, die uns zu diesem Resultat geführt haben, — von der an Liebknecht anknüpfenden Untersuchung abgesehen — bildete die Tatsache, daß nach bürgerlichem Recht die Aufrechnung durch einseitige Erklärung vollzogen wird. Der schlichte Hinweis Förtschens auf diese Neuerung des BGB. hat sich demnach doch nicht als bloße Wiederholung des Gesetzeswortlauts erwiesen, sondern als ein zwar unausführlicher, aber wichtiger Beweisgrund.

III. Kapitel.

Kann das einseitige empfangsbedürftige Rechtsgeschäft der Aufrechnung zu einem Prozeß in derartige Beziehungen treten, daß es durch denselben Veränderungen seiner Rechtsnatur erleidet?

§ 4.

Allgemeine Beeinflussung der Aufrechnungserklärung durch den Prozeß, in dem sie abgegeben wird.

Wir haben im vorigen Kapitel gesehen, daß in dem prozessualen Aufrechnungsvorbringen zwei Elemente scharf von einander zu scheiden sind: die Aufrechnungserklärung und die Berufung auf dieselbe. Diese Scheidung schließt nicht aus, daß zwischen diesen beiden Elementen eine Verbindung besteht, welche zu einer Beeinflussung der Aufrechnungserklärung führt, oder daß sonst die Aufrechnungserklärung unter der Einwirkung des Prozesses steht, in dem sich eine Partei auf sie beruft. Wir kommen somit dazu, die Frage nach dem Vorhandensein einer Aufrechnung im Prozeß in dem zweiten eingangs angegebenen Sinne zu erörtern, also zu untersuchen, ob das einseitige empfangsbedürftige Rechtsgeschäft der Aufrechnungserklärung zu einem Prozeß in derartige Beziehungen treten kann, daß es durch denselben Veränderungen seiner Rechtsnatur erleidet.

Eine ganz allgemeine Beeinflussung der Aufrechnungserklärung durch den Prozeß, in welchem sie abgegeben wird,

lehrt Kohler, insoferne wir annehmen, daß dies und nicht die im vorigen Kapitel bei seinem Namen erörterte Ansicht der eigentliche Inhalt seiner Lehre ist. Er sagt: Wer im Prozeß aufrechnet, vollzieht eine Rechtshandlung, die auf den Prozeß gebaut ist und durch den Prozeß getragen wird[1]), vollzieht einen Akt der prozessualen Verteidigung, der an der Eigenart aller prozessualen Verteidigung teilnimmt, wonach die Erklärungen während des ganzen Prozesses als Einheit zusammengenommen werden müssen, sodaß sie sich gegenseitig ergänzen, bestimmen, neutralisieren.[2]) Bezüglich der Frage, wann die Aufrechnungserklärung nichtig, wann sie wirkungslos ist, in welcher Form, mit welcher Wirkung sie erfolgt, mit welchen Mitteln sie angefochten, bis zu welchem Zeitpunkt sie vorgenommen werden kann, bezüglich all dieser Fragen beeinflußt nach Kohler der Prozeß die Aufrechnungserklärung, die in ihm abgegeben wird.

Wir können dieser von Kohler gedachten organischen Eingliederung der Aufrechnungserklärung in den Prozeß eine gewisse Sympathie von vorne herein nicht versagen. Bedenken erregt aber die Erwägung, daß die Aufrechnungserklärung doch auch nur eine rechtsaufhebende Tatsache und Grundlage einer Einrede im prozessualen Sinne darstellt, wie etwa eine Zahlung oder ein Erlaß. Was verleiht ihr diese Sonderstellung vor anderen rechtsaufhebenden Tatsachen? Ist es nicht nur eine Zufälligkeit, daß die Aufrechnungserklärung in dem zur Hauptverhandlung angesetzten Termine abgegeben zu werden pflegt?

Hellwig[3]) leitet die von Kohler für die Aufrechnungserklärung in Anspruch genommenen Besonderheiten daraus ab, daß bei der Aufrechnung der Tilgungsakt durch eine Willenserklärung vollzogen wird. Er lehrt: Von einem Aufhebungsrecht kann sowohl während, aber außerhalb des Prozesses, als auch in einem Prozesse Gebrauch gemacht werden. Genügt im

[1]) Busch, Bd. 24 S. 18.
[2]) Busch, Bd. 20 S. 15.
[3]) Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts Bd. I S. 242.

letzteren Falle für die Ausübung des Aufhebungsrechts die Abgabe einer Willenserklärung, so liegt hierin eine Prozeßhandlung und diese folgt hinsichtlich der Form ihrer Vornahme durchaus den für Prozeßhandlungen geltenden Vorschriften. Als Prozeßhandlung ist sie demnach wirksam als Erklärung in der mündlichen Verhandlung und sie hat Bedeutung nur insoferne, als sie die zu fällende Entscheidung beeinflußt. Sie bleibt demnach ohne Wirkung, wenn der Prozeß ohne Entscheidung zur Hauptsache endigt.

Es mag davon abgesehen werden, daß eine Prozeßhandlung in dem üblichen Sinne dieses Wortes nicht alle Eigenschaften hat, die ihr hier beigelegt werden. Jedenfalls ist der Satz, daß die Ausübung eines Aufhebungsrechtes in einem Prozesse eine Prozeßhandlung sei, wenn sie in der Abgabe einer Willenserklärung bestehe, eine völlig unbewiesene Behauptung.

Den deutlichsten Ausdruck dürfte Kohlers Lehre bei Wach finden. Wach [1]) legt den Nachdruck darauf, daß die Erklärung der Aufrechnung im Prozeß ein Akt der Verteidigung sei. Und dies ist, wenn wir den weitaus häufigsten Fall der sogenannten Eventualaufrechnung ins Auge fassen, zweifellos richtig. Die Absicht des Handelnden verleiht einer Handlung den Charakter eines Verteidigungsaktes. Wer in der üblichen Weise im Prozeß aufrechnet, tut dies in der Absicht, sich eine Waffe zu schaffen, die er mittels der prozessualen Einrede gegen den Gegner verwenden kann, also in der Absicht, sich zu verteidigen. Die Eigenschaft des Verteidigungsaktes unterscheidet die nach Rechtshängigkeit des Anspruchs abgegebene Aufrechnungserklärung von jeder vor dem Prozeß erklärten und von den meisten rechtsaufhebenden Tatsachen, auf welche eine Einrede gestützt wird. Fraglich ist nur, ob man aus dieser zwischen Aufrechnungserklärung und Prozeß zweifellos bestehenden Beziehung all das ableiten kann, was Kohler und Wach daraus ableiten. Wenn beide Autoren die Aufrechnung im Prozeß

[1]) Busch, Bd. 27 S. 1 ff.

wegen ihres Verteidigungscharakters eine Prozeßhandlung nennen, so scheint mir dieser Ausdruck nicht glücklich gewählt zu sein. Denn der Begriff Prozeßhandlung ist so umstritten — wie unten bei anderer Gelegenheit näher wird betrachtet werden, — daß er sich nicht zu einem Schlagwort in diesem Streite eignet.

Das Wesen des Kohlerschen Gedankens dürfte Liebknecht klar erkannt und — freilich nicht in der Absicht, Kohler zu interpretieren — in „Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung" S. 158 f. treffend dargestellt haben. Kohlers Gedanke ist folgender: Im Prozeß gibt es kein Nacheinander, sondern nur ein Nebeneinander. Aller Prozeßstoff ist innerhalb des Prozesses zeitlos. Durch ihren Verteidigungscharakter wird die Aufrechnungserklärung im Prozeß Prozeßstoff, sie verschmilzt zu einer Einheit mit aller prozessualen Verteidigung, wird zeitlos. Sie wird nicht in einem bestimmten Zeitpunkt innerhalb des Prozesses vorgenommen, vielmehr ist sie eine fortgesetzte Rechtshandlung. Von diesem Grundgedanken aus ergeben sich dann die von Kohler der prozessualen Aufrechnungserklärung beigelegten einzelnen Eigenschaften von selbst.

Hiegegen ist zunächst einzuwenden, daß eine auf eine einmalige Rechtsänderung unmittelbar abzielende Willenserklärung niemals eine fortgesetzte Rechtshandlung, niemals „zeitlos" sein kann. Denn die durch dieselbe bewirkte Rechtsänderung kann sich nicht zeitlos im Prozeß, sie muß sich in einem bestimmten Zeitpunkte vollziehen. Wir sind also gezwungen anzunehmen, daß auch die in einem Prozeß erklärte Aufrechnung stets in einem bestimmten Zeitpunkte innerhalb des Prozesses die Tilgung der Forderungen bewirkt. Ist die Erklärung schon vor diesem Zeitpunkte vorhanden gewesen, so kann sie nicht als dieselbe vorhanden gewesen sein, die sie im Augenblick der Tilgung ist. Denn wonach sollte sich sonst der Augenblick des Eintritts der Tilgung bestimmen? Sie kann also keine sich stets gleich bleibende fortgesetzte Rechtshandlung sein, vielmehr werden wir sie uns vor dem Eintritt der Tilgung als eine bedingte Erklärung oder als Ankündigung künftiger Aufrechnung vorzustellen haben.

Es ist aber überhaupt unrichtig, daß die Aufrechnungserklärung im Prozeß wegen ihres Verteidigungscharakters zu dem zeitlosen Prozeßstoff zu rechnen sei. Zeitlos ist der Prozeßstoff nur, weil der Richter das ganze Prozeßvorbringen einheitlich, d. h. ohne Rücksicht auf die zeitliche Reihenfolge desselben zu würdigen hat. Nur der Teil des Prozeßstoffes ist somit zeitlos, der unmittelbar dem richterlichen Erkennen zugrunde liegt, von den Parteierklärungen also nur diejenigen, die sich an den Richter wenden. Nicht der Verteidigungscharakter einer Willenserklärung reiht sie demnach dem einheitlichen zeitlosen Prozeßstoff ein, sondern die Tatsache, daß die Erklärung an den Richter gerichtet ist. Die Aufrechnungserklärung wendet sich aber nur an die Gegenpartei nicht an den Richter. Wenigstens glauben wir im vorigen Kapitel dargetan zu haben, daß es unter der Herrschaft des BGB. unmöglich ist, den Richter in anderer Weise als durch Berufung auf das vollzogene Rechtsgeschäft der Aufrechnung mit der Kompensationslage zu befassen.

Die von Kohler gelehrte allgemeine Beeinflussung einer in einem Prozeß abgegebenen Aufrechnungserklärung durch den Prozeß erweist sich also als unhaltbar.

§ 5.

Eventualaufrechnung.

Viele erkennen einen Einfluß des Prozesses auf die in ihm abgegebene Aufrechnungserklärung insoferne an, als sie lehren, daß die Erklärung im Prozeß die ihr sonst eigene Bedingungsfeindlichkeit verliere. Andere bestreiten auch diesen Einfluß, sei es daß sie, wie Förtsch, die Zulässigkeit der Eventualaufrechnung überhaupt leugnen, oder daß sie behaupten, die Eventualaufrechnung werde von dem Bedingungsverbot nicht berührt, da sie nur eine condicio in praesens collata enthalte.

Selbstverständlich verstehen wir hier unter Eventualaufrechnung nicht die eventuelle Berufung auf unbedingt vollzogene Aufrechnung — dieser Fall ist ja von keinerlei wissen-

schaftlichem Interesse —, sondern die neben primärem Bestreiten oder dem primären Vorbringen einer Einrede vorsorglich erklärte Aufrechnung.

Zunächst ist zu prüfen, ob diese Eventualaufrechnung von dem Verbot des § 388 BGB. getroffen werden kann.

Eine Reihe von Schriftstellern, so Eccius,[1]) Petersen,[2]) Könnemann,[3]) verneinen diese Frage mit der Begründung, daß die Eventualaufrechnung nur eine condicio legis enthalte, auf die sich § 388 BGB. natürlich nicht beziehe.[4]) Die Motive[5]) hat diese Anschauung auf ihrer Seite. Allein wäre dem so, so müßte die Partei in ihrem Vorbringen den Zusatz, der die Eventualaufrechnung von der einfachen Aufrechnung unterscheidet, ohne jeden Schaden weglassen können. Denn die condiciones legis wirken auch dann, wenn sie die Partei dem Richter nicht besonders vorträgt. Daß aber der Beklagte diesen Zusatz nicht einfach weglassen kann, dürfte eines Beweises nicht bedürfen. Die Tatsache, daß die Eventualaufrechnung ein wissenschaftliches Problem geworden ist, ist Beweis genug; an eine „nichtssagende Parteierklärung"[6]) wäre gewiß nicht soviel Geist und Mühe verschwendet worden.

Es leuchtet ohne weiteres ein, daß das Vorbringen eines Beklagten, der, nachdem er den Klagsanspruch bestritten oder eine Einrede gegen denselben geltend gemacht hat, nicht vorsorglich, also ohne Verwendung des Wortes „eventuell" oder eines ähnlichen Ausdruckes eine Aufrechnung erklären würde, widerspruchsvoll erschiene, da der Aufrechnende sich den Anschein eines Anerkennenden gäbe. Es liegt somit nahe, in dem, was die Eventualaufrechnung ausmacht, einen Vorbehalt,

[1]) Gruchot, Bd. 42 S. 15 ff.

[2]) Seufferts Bl. f. Rechtsanwendung, Jahrg. 1899 (Bd. 64) S. 253 ff.

[3]) Jurist. Monatsschr. III. Jahrg. Nr. 3.

[4]) Ebenso Siber, Kompensation und Aufrechnung S. 111 ff. für die Event.-Aufrechnung gegen eine der Existenz nach bestrittene Forderung.

[5]) Mot. zum I. Entwurf Bd. II S. 108.

[6]) Weigelin, das Recht der Aufrechnung, S. 135.

d. h. eine Verwahrung gegen ein Anerkenntnis der Schuld zu erblicken.[1])

Aber auch eine Vorbehaltsaufrechnung kann das, was man unter Eventualaufrechnung zu verstehen pflegt, nicht sein. Zwar sind wir im Gegensatz zu Liebknecht der Meinung, daß die Aufrechnung mit „logischer Notwendigkeit" nicht ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis,[2]) sondern nur ein Geständnis enthalte.[3]) Aber darin ist Liebknecht gewiß zuzustimmen, daß eine Aufrechnung mit Vorbehalt nicht vollständige Erfüllung ist, ebensowenig wie Zahlung unter Vorbehalt. Wenn aus diesem Grunde der Gläubiger ohne Schaden für sich Vorbehaltszahlung zurückweisen darf — und dies wird allgemein und mit Recht angenommen —, so kann dem Schuldner unmöglich das Recht eingeräumt sein, durch einseitige Erklärung dem Gläubiger Vorbehaltsaufrechnung aufzudrängen. Mit Unrecht wendet hiergegen Weigelin ein,[4]) daß die Aufrechnung keine Erfüllung, vielmehr ein Pfandrecht an der eigenen Schuld sei. Es kann und soll hier nicht erörtert werden, was diese Konstruktion des bürgerlichrechtlichen Begriffs der Aufrechnung für sich hat. Ist sie richtig, so kann allerdings davon nicht die Rede sein, daß durch den Vorbehalt dem Aufrechnungsgegner ein Teil der Rechtsposition, der von bedeutender Tragweite ist, vorenthalten werde. Allein in diesem Falle hätte ein Vorbehalt den Sinn, daß der Aufrechnende in seiner Eigenschaft als Drittschuldner sich bei der Leistung an sich selbst (als an den Pfandgläubiger) gegen ein Anerkenntnis verwahrt.

[1]) Vgl. Liebknecht, Vorbehaltszahlung und Eventual-Aufrechnung S. 127.

[2]) A. a. O. S. 128. Liebknecht scheint selbst kein Gewicht hierauf zu legen, sonst müßte er die Konstruktion der Event.-Aufrechnung als Aufrechnung mit Vorbehalt deshalb ablehnen, weil bei der Aufrechnung der Vorbehalt eine protestatio facto contraria sei (vgl. a. a. O. S. 41); dies tut er aber nicht.

[3]) Vgl. unten S. 44.

[4]) A. a. O. S. 136.

Zu dieser Verwahrung steht in Widerspruch das Verhalten des Aufrechnenden in seiner Eigenschaft als Pfandgläubiger. Denn als solcher fordert er die Erfüllung der ihm zur Einziehung überwiesenen Forderung und erklärt damit seine Ueberzeugung von dem durch keine Einrede geschwächten Bestehen derselben. Diese Ueberzeugung, welche ausgesprochen einem Anerkenntnisse gleichkommt, ist notwendiger Inhalt der Aufrechnungserklärung; denn es wäre nicht nur widersinnig, sondern sogar unsittlich und somit widerrechtlich, wenn jemand eine Forderung einziehen wollte, von deren Bestand er selbst nicht überzeugt ist. Nach dieser Konstruktion würde also logische Notwendigkeit zu dem Schlusse führen, daß in der Aufrechnungserklärung ein Anerkenntnis enthalten sei, und dann wäre der Vorbehalt als protestatio facto contraria wirkungslos. Doch hiervon kann abgesehen werden; so wenig jemand gegen sich selbst ein Recht haben kann, so wenig kann er sich selbst gegenüber einen Anspruch anerkennen oder sich gegen ein Anerkenntnis verwahren. Schon aus diesem Grunde muß bei Weigelins Konstruktion der Vorbehalt bei der Aufrechnung als etwas unmögliches angesehen werden.

Außer den beiden erörterten und abgelehnten Ansichten findet sich in der Literatur nur noch die Anschauung vertreten, daß die Eventualaufrechnung eine bedingt abgegebene Aufrechnungserklärung sei. Daß diese Theorie richtig ist, ergibt sich aus folgendem.

Jede Handlung eines vernünftigen Menschen hat einen Zweck, d. h. sie steht außer zu Tatsachen wenigstens zu einer Vorstellung von etwas Künftigem im Verhältnis der Kausalität, so daß wir sie als Wirkung jener Tatsachen und Vorstellungen bezeichnen. Bei der Aufrechnungserklärung ist diese Vorstellung von etwas Künftigem die Vorstellung von einem Erlöschen der beiden Forderungen, auf die sich die Erklärung bezieht. Jede Aufrechnungserklärung hat diese Vorstellung zur logischen Voraussetzung, diese Vorstellung hat aber weiter zur Voraussetzung die Vorstellung, daß jede der beiden Forderungen wenigstens unmittelbar vor dem Zeitpunkte des vorgestellten

Erlöschens besteht. Nimmt man nun an, daß das Erlöschen (als Wirkung) der Erklärung (als der Ursache) nicht unmittelbar folgen muß, sondern auch kürzere oder längere Zeit nach derselben eintreten kann, so ist also zu sagen: Wer eine Aufrechnungserklärung abgibt, erklärt damit notwendig entweder, daß er sich die Forderung, gegen welche er aufrechnet, als eine jetzt bestehende, oder daß er sie sich als eine in Zukunft bestehende vorstellt.

Eine Aufrechnungserklärung, die das Erlöschen der beiden von ihr betroffenen Forderungen sofort bewirken soll, enthält also ein Geständnis der Entstehungsgründe dieser Forderung sowie der Tatsache, daß dieselbe nicht getilgt wurde, mit logischer Notwendigkeit und schließt somit ein Bestreiten dieser Forderung sowie das Vorbringen einer Einrede, welche in der Geltendmachung einer rechtsaufhebenden Tatsache besteht, aus. Erklärt trotzdem jemand, daß er gegen eine Forderung aufrechne, die er gleichzeitig bestreitet oder gegen deren Geltendmachung er eine auf eine rechtsaufhebende Tatsache gestützte Einrede vorbringt, so kann demnach seine Aufrechnungserklärung nicht ein sofortiges Erlöschen der beiden Forderungen, sondern nur — eine weitere Möglichkeit gibt es nicht, wie wir gesehen haben, — ein Erlöschen derselben in einem späteren Zeitpunkte bewirken sollen, nämlich dann, wenn die nach der Meinung des Erklärenden jetzt nicht bestehende Forderung des Gegners bestehen wird. Das einzige Mittel, die Wirkung einer Willenserklärung hinauszuschieben, ist Bedingung bzw. Zeitbestimmung. Wer also die Forderung des Klägers bestreitet oder eine rechtsaufhebende Tatsache einredeweise geltend macht, kann gleichzeitig nur eine mit echter Bedingung versehene Aufrechnungserklärung abgeben.

Hier ist zunächst noch zu prüfen, ob tatsächlich ein Geständnis der klagebegründenden Tatsachen, wie es in der Aufrechnungserklärung enthalten ist, und ein Bestreiten derselben, ob ein Geständnis der Tatsache, daß eine Forderung nicht getilgt ist, und die Geltendmachung einer rechtsaufhebenden

Tatsache durch Einrede sich gegenseitig ausschließen. Ist nicht Geständnis + Bestreiten = Nichtwissen zu setzen, kann nicht vielleicht der Beklagte sagen: „ich weiß nicht, ob die Forderung des Klägers entstanden ist, falls sie aber entstanden sein sollte, rechne ich gegen sie auf", so daß sich also die Eventualaufrechnung als eine unter condicio in praesens collata verstellte Aufrechnung darstellen würde?

Es ist zunächst in Zweifel zu ziehen, ob wirklich ein ausdrückliches Bestreiten und ein Geständnis zu einem Nichtwissen verschmelzen können. Ferner ist mit Förtsch[1]) darauf hinzuweisen, daß eine Auslegung der Erklärung des eventuell Aufrechnenden in diesem Sinne mit der im Verkehr herrschenden Auffassung nicht im Einklang stehe. Im geschäftlichen Verkehr, so führt Förtsch aus, hat eine Forderung nur Wert, wenn sie vom Schuldner als bestehend anerkannt wird oder infolge gerichtlichen Urteils anerkannt werden muß. Wer also auf eine Forderung aufrechne, ohne dieselbe anzuerkennen, der wolle — so müsse es auch der andere Teil verstehen — seiner Aufrechnung Wirksamkeit nur für den Fall beilegen, daß er sich entweder noch freiwillig entschlösse, jene Forderung anzuerkennen, oder daß sie durch Urteil festgestellt würde. Dieses Anerkennen und das Feststellen durch Urteil seien aber Ereignisse, deren Eintreten oder Nichteintreten den Inhalt einer wirklichen Bedingung bilde.

Jedenfalls darf man behaupten, daß die Konstruktion der Eventualaufrechnung als eine Aufrechnung unter condicio in praesens in vielen Fällen sich nur mit Hilfe einer falschen Auslegung des Willens des Aufrechnenden aufrecht erhalten ließe. Nicht selten wird der Beklagte es weit von sich weisen, das Bestehen der Klageforderung nur zu bezweifeln, vielmehr fest davon überzeugt sein, daß sie nicht besteht. Ein solcher

---

[1]) Gruchot, 42 S. 231. Förtsch macht diese Einwendung zwar gegen die Konstruktion mit condicio legis; für die Konstruktion mit condicio in praesens gilt aber das Gleiche.

Beklagter muß doch ebenfalls die Möglichkeit haben im Prozeß eventuell aufzurechnen; denn es ist kein Grund einzusehen, warum er schlechter gestellt sein sollte, als derjenige, welcher nur zweifelt, nicht bestreitet.

Die Eventualaufrechnung kann aber von diesen Gründen abgesehen schon deshalb nicht als Aufrechnung unter condicio in praesens aufgefaßt werden, weil Aufrechnung unter condicio in praesens nichts anderes als Vorbehaltsaufrechnung ist, diese aber, wie wir oben gesehen haben, als unzulässig gelten muß.

Jeder Vorbehalt hat zur logischen Voraussetzung, daß die Rechtshandlung oder Erklärung, welcher er beigefügt wird, auch dann einen Sinn hat, wenn der Anspruch, gegen dessen Anerkennung Verwahrung eingelegt wird, nicht besteht. Bei der Vorbehaltszahlung ist diese Voraussetzung sowohl dann gegeben, wenn der Zahlende bei der Zahlung fest davon überzeugt ist, daß die vom anderen Teile geltend gemachte Forderung nicht besteht, als auch dann, wenn er hierüber in Zweifel ist. Im ersteren Falle erklärt er ausdrücklich: „ich will sine causa Geld übereignen", im letzteren Falle erklärt er: „ich will sine causa übereignen, falls die Forderung nicht besteht, ich will dieselbe aber tilgen, falls sie besteht"; hier fügt er also seiner die Zahlung begleitenden Willenserklärung eine condicio in praesens bei. Bei der Vorbehaltsaufrechnung scheidet der erstere Fall aus. Eine Aufrechnung sine causa gibt es nicht. Bei der Zahlung ist die Hingabe des Geldes Ursache des Erlöschens der Forderung. Kann diese Wirkung nicht eintreten, weil die Forderung nicht bestand, so bleibt doch die Zahlung im weiteren Sinne, die Übereignung des Geldes, bestehen, sine causa. Bei der Aufrechnung aber ist nicht nur das Erlöschen der Forderung Ursache des Erlöschens der Gegenforderung, sondern zugleich das Erlöschen der Gegenforderung Ursache des Erlöschens der Forderung. Besteht die Forderung nicht, so entsteht kein Erlöschen der Gegenforderung sine causa, vielmehr ist die Ursache für das Erlöschen der

Gegenforderung überhaupt nicht gegeben. Es ist also unmöglich, jemanden durch Aufrechnung sine causa zu bereichern, und somit kann auch die Erklärung des eventuell Aufrechnenden nicht den Sinn haben, daß er sine causa bereichere. Ebensowenig kann aber der eventuell Aufrechnende entschieden erklären: „meine Aufrechnungserklärung hat keine Wirkung"; denn auch bei der Aufrechnungserklärung ist nicht die formelle Erklärung das rechtlich wirksame, sondern der hinter derselben stehende Wille. In diesem Falle würde aber ausdrücklich erklärt, daß dieser Wille nicht vorhanden sei. Eine Vorbehaltsaufrechnung kann also stets nur den Sinn haben, daß der Aufrechnende erklärt, er sei über das Bestehen der Forderung in Zweifel, falls sie bestehe, wolle er aufrechnen.

Jede Vorbehaltsaufrechnung stellt sich somit als eine Aufrechnung unter condicio in praesens dar. Umgekehrt rechnet derjenige, welcher unter der Bedingung des Bestehens der Forderung aufrechnet, stets ausdrücklich mit der Möglichkeit des Nichtbestehens derselben und verwahrt sich somit gegen ein Anerkenntnis. Es hat also guten Sinn, wenn Förtsch[1]) sagt: „Aufrechnung unter Verwahrung gegen Bestehen der Gegenforderung" oder „Aufrechnung unter der Bedingung des Bestehens der Gegenforderung", wofür als kürzerer Ausdruck dienen mag „Aufrechnung mit Vorbehalt."

Bisher hatten wir nur diejenigen Fälle im Auge, in welchen der Beklagte neben Bestreiten oder der einredeweisen Geltendmachung einer rechtsaufhebenden Tatsache eventuell aufrechnet. Bei der neben einer anderen Einrede eventuell erklärten Aufrechnung zwingt allerdings kein Widerspruch zwischen Bestreiten und Geständnis zu der Annahme, daß die Eventualaufrechnung eine unter echte Bedingung verstellte Aufrechnung sei. Immerhin widerspricht auch hier der in der Einrede zum Ausdruck gebrachte Wille, den Anspruch des Klägers nicht zu befriedigen, dem durch eine auf sofortige

[1]) Gruchot 42, S. 228.

Wirksamkeit abzielende Aufrechnungserklärung betätigten Willen, dies zu tun. Im übrigen gilt alles, was oben gegen die Konstruktion der Eventualaufrechnung als Aufrechnung unter condicio legis, unter Vorbehalt und unter condicio in praesens gesagt wurde, sodaß auch hier weiter nichts übrig bleibt, als die Eventualaufrechnung als Aufrechnungserklärung unter condicio in futurum aufzufassen.

Es fragt sich nun noch, unter welche Bedingung die Eventualaufrechnung verstellt ist. Es sind hiebei drei Fälle zu unterscheiden:

1. der Beklagte bestreitet entschieden das Bestehen der Forderung des Klägers,

2. er gibt über die klagebegründenden Tatsachen eine Erklärung mit Nichtwissen ab,

3. er gesteht die klagebegründenden Tatsachen sowie die Tatsache, daß die Forderung nicht getilgt wurde, zu und bringt eine Einrede vor, welche nicht in der Geltendmachung einer rechtsaufhebenden Tatsache besteht.

Im letztgenannten Falle beantwortet sich die Frage am einfachsten. Für den Fall, daß die Einrede sich als unbegründet herausstellen wird, soll die erklärte Aufrechnung wirksam sein. Hat der Beklagte über das Bestehen der Forderung eine Erklärung mit Nichtwissen abgegeben, so will er, daß die Wirkung seiner Aufrechnungserklärung eintrete, falls der Kläger das Bestehen seiner Forderung dartun sollte. Es ist Liebknecht, an dessen Ausführungen[1]) sich die Formulierung dieser beiden Bedingungen im wesentlichen anschließt, auch zuzustimmen, wenn er darauf hinweist, daß den Eintritt des bedingenden Ereignisses der Richter nur erkennt, daß dasselbe, wenn es überhaupt eintritt, jedenfalls vor dieser Erkenntnis des Richters eintritt, und daß der Richter in dieser Erkenntnis auch irren kann, woraus sich die Möglichkeit der Einlegung eines Rechtsmittels durch den Beklagten ableiten läßt.

[1]) a. a. O. S. 144.

Anzufügen ist noch eine Bemerkung über den Unterschied zwischen der hier angenommenen Konstruktion mit condicio in futurum und der abgelehnten Konstruktion mit condicio in praesens. In den beiden bisher besprochenen Fällen gibt der Aufrechnende zugleich mit seiner Aufrechnungserklärung und unter der gleichen Bedingung wie diese ein deklaratorisches Anerkenntnis ab, sodaß keine Aufrechnung unter Vorbehalt vorliegt. Denn in demselben Augenblick, in welchem der Gegner seine Forderung verliert, hat er auch das deklaratorische Anerkenntnis und somit seine volle Rechtsposition. Mit einer Aufrechnung unter condicio in praesens ein deklaratorisches Anerkenntnis unter der gleichen condicio in praesens zu verbinden, wäre aber unmöglich. Man kann keine Forderung anerkennen für den Fall, daß sie besteht. Denn das ist das Wesen des deklaratorischen Anerkenntnisses, daß der Anerkennende erklärt, er zweifle nicht am Bestehen der Forderung; das Wesen der condicio in praesens aber ist das Zweifeln. Dagegen ist ein deklaratorisches Anerkenntnis unter condicio in futurum sehr wohl möglich. Es kann jemand etwa sagen: ich erkenne deine Forderung an für den Fall, daß du mir einen von meiner Hand unterschriebenen Schuldschein vorzeigst, oder für den Fall, daß ein mir als vertrauenswürdig bekannter Mann mir die Richtigkeit deiner Behauptungen über das Entstehen oder das Nichterlöschen deiner Forderung bestätigt. Ebenso kann der Beklagte sagen: ich erkenne deine Forderung an für den Fall, daß es dir gelingt, dieselbe darzutun, d. h. den Richter (und zwar nicht den gegenwärtigen Richter, sondern denjenigen, dessen Urteilsspruch rechtskräftig wird) von dem Bestehen derselben zu überzeugen. Ueber das wirkliche Bestehen derselben ist damit ja schließlich noch nichts ausgesagt.

Hat aber der Beklagte das Bestehen der Klagsforderung entschieden bestritten, so kann seine Aufrechnungserklärung nur unter der Bedingung abgegeben sein, daß die nach seiner Meinung jetzt nicht bestehende Forderung in einem späteren Zeitpunkte entsteht, oder zum mindesten muß, falls die Wirkung der Auf-

rechnung von mehreren künftigen Ereignissen abhängig gemacht wird, dieses Ereignis dabei sein. Denn wie wir oben gesehen haben, enthält die Aufrechnungserklärung mit logischer Notwendigkeit die Erklärung, daß der Aufrechnende sich die Forderung des Gegners als wenigstens in einem künftigen Zeitpunkte möglicherweise bestehend vorstellt. Daß sie jetzt nicht besteht, erklärt der Beklagte ausdrücklich; die Aufrechnungserklärung kann also nur wirken, wenn die Forderung des Gegners entsteht. Die Liebknechtsche Bedingung: „falls der Kläger seinen Anspruch als begründet dartun wird", erweist sich also hier als ungenügend; ebenso die von anderen Schriftstellern aufgestellten Formulierungen der Bedingung:[1]) „für den Fall, daß die Hauptklage nicht aus anderen Gründen abgewiesen wird", „daß die Forderung des Klägers vom Richter festgestellt werden sollte", „daß der Richter auf Grund dieser Klage an und für sich zu einer kondemnatorischen Sentenz gelangen würde", „daß es dem Kläger gelingt, die Klageforderung zu beweisen". Bei Eintritt all dieser Bedingungen, die ja nicht wesentlich von einander abweichen, kann nach dem Willen des Aufrechnenden die Wirkung seiner Aufrechnungserklärung nicht eintreten sollen, denn die Forderung des Gegners besteht nach seiner Meinung auch nach dem Eintritt derselben nicht.

Es gibt nur eine Möglichkeit, daß — immer im Sinne des aufrechnenden Beklagten gesprochen — die jetzt nicht bestehende Forderung entstehen könnte, das wäre durch konstitutives Anerkenntnis. Ein vertragsmäßiges Anerkenntnis nach den Vorschriften des BGB. findet in diesen Fällen zwischen den Prozeßparteien nie statt. Wollte man auch in der Aufrechnungserklärung ein stillschweigendes Vertragsangebot und in dem durch das Klagebegehren während des ganzen Prozesses ausgedrückten Streben des Klägers nach Anerkennung seiner Forderung eine stillschweigende Annahme des Angebots erblicken, so fehlte doch die Schriftform. Somit könnte man nur noch

[1]) Vgl. Liebknecht a. a. O. S. 118.

an ein Entstehen der Forderung durch gerichtliches Anerkenntnis denken. Allein, mag man dem gerichtlichen Anerkenntnis konstitutive Kraft beimessen, mag man auch mit Petersen[1]) und Seuffert[1]) und Gaupp-Stein[1]) der Meinung sein, daß es einer Annahme durch den Gegner nicht bedarf, jedenfalls ist es ein Anerkenntnis des vom Kläger geltend gemachten Anspruchs, d. h. der durch die Klage geltend gemachten Rechtsfolge[2]), nicht ein Anerkenntnis der Forderung des Gegners. Ein konstitutives Anerkenntnis einer Forderung durch einseitige Erklärung kennt unser Rechtssystem nicht. Demnach würde, wenn ein Beklagter mit seiner bedingten Aufrechnungserklärung ein bedingtes[3]) gerichtliches Anerkenntnis verbinden würde, die eben durch Anerkenntnis entstandene Forderung nicht im Entstehen durch Aufrechnung getilgt werden, ehe der Gegner den Antrag auf Erlassung des Anerkenntnis-Urteils stellen könnte, vielmehr könnte die Berufung auf die Aufrechnung als ein wirkungsloser Widerruf eines gerichtlichen Anerkenntnisses nicht beachtet werden.

Ein Beklagter, welcher die Forderung des Klägers entschieden bestreitet, kann also eine Gegenforderung überhaupt nicht aufrechnen, auch nicht unter condicio in futurum. Bevor aber auf die Eigenart dieses Falles näher eingegangen wird, soll geprüft werden, ob in den anderen Fällen die Eventualaufrechnung als Aufrechnung unter condicio in futurum collata durch das Bedingungsverbot des § 388 BGB. ausgeschlossen wird, oder ob für sie eine Ausnahme gilt.

---

[1]) Kommentare, Bem. zu § 307.

[2]) Gaupp-Stein Komm., Bem. I zu § 307 u. Bem. II 4 vor § 253

[3]) Die Frage, ob das gerichtliche Anerkenntnis überhaupt bedingt abgegeben werden kann, dürfte hier nicht von Bedeutung sein; denn abgesehen davon, daß sich hierfür im Gegensatz zu Gaupp-Stein die Entsch. d Reichsgerichts Bd. 42 S. 320 ausspricht, dürfte alles, was weiter unten für die Zulässigkeit einer bedingten Aufrechnungserklärung vorgebracht wird, auch für die Zulässigkeit eines bedingten gerichtlichen Anerkenntnisses in diesem Falle sprechen.

Von allen Schriftstellern, die sich mit dieser Frage befassen mußten, sei es weil sie die Eventualaufrechnung als Aufrechnung unter condicio in futurum, oder weil sie sie als Aufrechnung unter condicio in praesens auffassen, aber zugleich der Anschauung sind, daß § 388 BGB. auch solche uneigentliche Bedingung betreffe,[1]) hat nur Förtsch[2]) die Zulässigkeit der Eventualaufrechnung im Prozeß verneint. Die anderen nehmen für sie eine Ausnahme in Anspruch.

Hellwig[3]) leitet die Zulässigkeit der Eventualaufrechnung aus dem BGB. selbst ab. Denn, wenn nach § 209 BGB. die Aufrechnung die Verjährung der aufgerechneten Forderung unterbreche und wenn nach § 215 BGB. ihre Verjährung erst sechs Monate nach der Prozeßbeendigung weiter zu laufen beginne, so sei damit die Aufrechnung gemeint, die nicht zur Klagabweisung auf Grund der Aufrechnung geführt habe, und gemeint sei die seit alten Zeiten durchaus übliche Eventualaufrechnung.

Hiergegen wendet Siber[4]) ein, daß das Anwendungsgebiet des § 209 Ziff. 3 durch Ausschließung der Eventualaufrechnung zwar erheblich beschränkt, daß die Vorschrift aber nicht völlig gegenstandslos werde, da sie immer noch für den Fall zutreffe, daß der Beklagte die Klageforderung weder bestreitet, noch eine Einrede dagegen vorbringt, aber einen aufrechnungsunfähigen Gegenanspruch wider sie aufrechnen will. Ein zwingender Beweisgrund für die Zulässigkeit der Eventualaufrechnung ist also in § 209 BGB. nicht zu finden.

Im übrigen gilt aber von Hellwigs Auffassung das nämliche, was über Liebknechts Anschauung zu sagen ist. Liebknecht gibt zu, daß die Eventualaufrechnung und § 388 BGB.

---

[1]) So Siber, Kompensation und Aufrechnung, S. 120 f.

[2]) Gruchot, Bd. 42 S. 231 ff.

[3]) Lehrbuch S. 244; ebenso Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse (II. Aufl.) S. 252.

[4]) a. a. O. S. 118.

in Widerspruch zueinander stehen. Aber, sagt er,[1]) — das ist wohl in kurzem der Sinn seiner Ausführungen — der Gesetzgeber, der § 388 BGB. verfaßt hat, hat, wie die Motive beweisen, die Eventualaufrechnung nicht für eine bedingte Aufrechnung gehalten und brauchte deshalb für sie keine Ausnahme von § 388 BGB. zu schaffen. Hätte er sie richtig erkannt, so hätte er sie geschaffen. Allein das hieße denn doch, den Motiven nicht nur Gesetzeskraft, sondern sogar gesetzerzeugende Kraft beilegen! Und wer weiß, ob die gesetzgebenden Faktoren, wenn sie die Eventualaufrechnung als wahrhaft bedingte Aufrechnung erkannt hätten, nicht auch bezüglich der Frage, ob es zweckmäßig ist, sie zuzulassen, eine andere Erkenntnis gewonnen hätten. Auch Hellwigs Beweisgrund wurzelt in der nach unserer Ansicht falschen Auffassung des Gesetzgebers von der Eventualaufrechnung. Gewiß dachte der Gesetzgeber bei § 209 Ziff. 3 BGB. an die Eventualaufrechnung; aber § 209 Ziff. 3 BGB. hätte auch dann stehen bleiben können, wenn der Gesetzgeber die Eventualaufrechnung für eine bedingte Aufrechnung und im Prozeß für ausgeschlossen gehalten hätte und somit bei der betreffenden Gesetzesstelle nur an das von Siber angegebene beschränkte Anwendungsgebiet gedacht hätte.

Planck[2]) begründet die Zulässigkeit der Eventualaufrechnung lediglich mit dem Hinweis auf das praktische Bedürfnis. Dies darf man gewiß als zu weit gegangen bezeichnen. Denn es besteht wohl manches allgemein anerkannte praktische Bedürfnis im Gebiete der Rechtspflege, das zu befriedigen unsere bestehenden Gesetze nicht gestatten.

Gewiß haben alle diese Gründe viel für sich. Aber es ist doch nicht zu vergessen, daß sich wenigstens eine und sicher nicht unbedeutende Stimme, daß sich Förtsch gegen die Zulässigkeit der Eventualaufrechnung ausgesprochen und seine Ansicht ausführlich begründet hat.

---

[1]) a. a. O. S. 146 und S. 150.

[2]) Komm., Bem. 4 b zu § 390.

Wir meinen, wenn wirklich die Eventualaufrechnung eine Aufrechnung unter condicio in futurum ist, so kann man sich über das Bedingungsverbot des § 388 BGB. nur dann hinwegsetzen, wenn der Ausschluß der Eventualaufrechnung ein wichtigeres Gesetz verletzen würde als dieses Bedingungsverbot ist. Stellen wir uns also vor, die Eventualaufrechnung sei unter der Herrschaft des BGB. unzulässig.

Zunächst müssen wir uns das Interesse vergegenwärtigen, das der Gläubiger-Schuldner an dem Recht, aufrechnen zu dürfen, hat. Zweck der Aufrechnung ist die Vermeidung doppelter Zahlung; und zwar soll doppelte Barzahlung vermieden werden, nicht um Mühe oder Unkosten oder Münzen zu ersparen, sondern um Unbilligkeit zu vermeiden. Nehmen wir an, unter einem Rechte, das keine Aufrechnung kennt, würden zwei Leute gegen einander nach unseren Begriffen kompensable Forderungen haben. Derjenige, welcher seine Schuld zuerst bezahlen würde, wäre stets im Nachteil. Es ist nicht immer leicht, bares Geld zu beschaffen; und der andere Teil bräuchte weiter nichts zu tun, als das eben empfangene Geld zurückzugeben. Selbst wenn wir uns eine lächerlich streng durchgeführte Erfüllung Zug um Zug vorstellen, so nämlich, daß die beiden Gläubiger-Schuldner sich mit den Münzen in der Hand gegenüber stehen, werden wir oft oder stets eine Unbilligkeit in dieser Art doppelter Erfüllung finden. Fast nie wird es für beide Teile gleich leicht oder gleich schwer gewesen sein, sich Barmittel zu verschaffen. Oft aber wird sie der eine zufällig bei der Hand gehabt haben, während der andere vielleicht einen unersetzlichen Gegenstand verkaufen, eine schwer entbehrliche Sache verpfänden oder einen teueren Kredit in Anspruch nehmen mußte. Hier wäre also bei gleicher Verbindlichkeit der eine unter Umständen erheblich schlechter gestellt als der andere, und noch mehr: der eine würde einen Schaden erleiden, aus welchem dem anderen nicht der mindeste Vorteil erwächst. Dieser Zustand wäre unbillig. Ihn zu beseitigen ist Zweck der Aufrechnung, ihr Wesen ist die aequitas.

Diese Unbilligkeit würde noch gesteigert, wo es sich nicht um freiwillige Zahlung, sondern um erzwungene Zahlung, um Zwangsvollstreckung handelt, und das Interesse an dem Recht, aufrechnen zu können, ist demnach am größten, wenn Zwangsvollstreckung droht, wenn es gilt, Zwangsvollstreckung durch Aufrechnung zu verhindern, dies ist der Fall im Prozesse. Es wäre widersinnig, wenn eine Rechtsordnung, die dem Schuldner die Aufrechnung zur Vermeidung der Zahlung gewährt, ihm diese Befugnis zur Abwendung der Zwangsvollstreckung versagen wollte.

Wir dürfen also den Satz aufstellen, daß der Beklagte, der eine kompensable Gegenforderung hat, keinesfalls durch eine gesetzliche Vorschrift daran gehindert sein kann, sich durch Aufopferung derselben der Zwangsvollstreckung zu entziehen. Es kann dabei keinen Unterschied machen, ob der Beklagte die Klageforderung anerkennt oder nicht. Denn es ist kein Grund einzusehen, warum ein Beklagter deshalb schlechter gestellt sein sollte, weil er sich in seinem Rechte täuscht, vielleicht aber auch, weil er zufällig nicht in der Lage ist, sein Recht zu beweisen. Nachdem aber in diesem Falle die Kollision mit § 388 BGB., wie wir oben gesehen haben, nun einmal unvermeidlich ist, so müssen wir des weiteren untersuchen, ob das Interesse, das der Beklagte an der Befugnis, im Prozeß eventuell aufrechnen zu dürfen, hat, nicht auf andere Weise als durch Eventualaufrechnung befriedigt werden kann.

Der Ansicht, daß dies möglich sei, ist Förtsch.[1]) Er behauptet, der Beklagte könne überhaupt kein Interesse mehr an der Zulässigkeit der Eventualaufrechnung haben. Denn seitdem die Aufrechnung durch einseitige Erklärung vollzogen werde, könne der Beklagte ebensogut nach seiner Verurteilung aufrechnen und dann auf diese Aufrechnung als auf einen erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher Einwendungen in Gemäßheit der Bestimmungen dieses

[1]) Gruchot 42 S. 229.

Gesetzes spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstandenen Grund die Vollstreckungsgegenklage stützen.

Dem ist entgegen zu halten, daß diese Vollstreckungsgegenklage nicht die mindeste Gewähr dafür bietet, daß der Beklagte der Zwangsvollstreckung entgeht — und das wäre ja der Zweck der Aufrechnung. Fürs erste kann das Gericht nur anordnen, daß bis zur Erlassung des Urteils in dieser Vollstreckungsgegenklage die Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung eingestellt oder nur gegen Sicherheitsleistung fortgesetzt werde. Es kann aber auch anordnen, daß die Zwangsvollstreckung nur gegen Sicherheitsleistung eingestellt werde und dann ist der Beklagte trotz seiner Gegenforderung zumeist in dieselbe peinliche Lage versetzt, wie wenn er außerhalb des Prozesses die Befugnis zur Aufrechnung nicht hätte, da er die Mittel zur Sicherheitsleistung beschaffen muß. Das Gericht kann eine derartige Anordnung aber auch ganz unterlassen und dann muß der Beklagte trotz seiner Gegenforderung die Zwangsvollstreckung ruhig über sich ergehen lassen. — Zweitens wird selbst die Anordnung, daß ohne Sicherheitsleistung die Zwangsvollstreckung eingestellt werde, auch bei der eiligsten Vollstreckungsgegenklage oft die Vollstreckung bereits im Gange antreffen und nur Aufhebung der erfolgten Vollstreckungsmaßregeln bewirken können, und diese nur gegen Sicherheit. Sollte aber durch die Vollstreckungsgegenklage der gleiche Erfolg erzielt werden, wie durch eine Aufrechnungserklärung vor Erlaß des Urteils, so müßte dem Schuldner vor allem der durch die bereits erfolgten Vollstreckungshandlungen entstandene Schaden ersetzt werden. Zu Unrecht behauptet also Förtsch, daß nach heutigem Recht mittels der Vollstreckungsgegenklage dasselbe Ziel erreicht werden könne, das die Aufrechnung im Prozesse anstrebt.

Auch die Widerklage erreicht dieses Ziel nicht. Vor allem ist es sehr bestritten, ob Widerklage in allen jenen Fällen zulässig ist, in denen Aufrechnung möglich wäre. Am deutlichsten

kommt aber der Vorzug der Aufrechnung vor der Widerklage dann zum Ausdruck, wenn über beide eine gesonderte Entscheidung ergeht. Ist zuerst über die Klage ein Teilurteil erlassen, so kann allerdings in beiden Fällen dieses Urteil vollstreckt werden. Aber nur wenn sich die Aufrechnung, nicht wenn sich die Widerklage als begründet herausstellt, ist der Kläger zum Ersatz des dem Beklagten durch die Zwangsvollstreckung entstandenen Schadens verpflichtet. Zu vergessen ist ferner nicht, daß auch die Kostenfrage nach zwar nicht unbestrittener, aber herrschender Meinung im Falle der Aufrechnung sich für den Beklagten günstiger beantwortet, als im Falle der Widerklage.

Wir müssen also auf alle Fälle zugestehen, daß der Beklagte ein ganz bedeutendes Interesse daran hat, im Prozeß aufrechnen zu können. Dieses Interesse allein dürfte aber nicht hinreichen, die Wirkung des in § 388 BGB. enthaltenen Bedingungsverbotes auszuschalten. Denn wenn zufällige äußere Umstände oder vielleicht sogar Verschulden des Betroffenen rechtliche Interessen in Widerspruch treten lassen mit Rechtsnormen, so kann dieser Widerspruch die Rechtsnormen nicht entkräften. Anders, wenn eine solche Kollision durch eine gesetzliche Vorschrift herbeigeführt wird. Und dies ist hier der Fall. Das Vorhandensein der Kollision zwischen Aufrechnungsrecht und Bedingungsverbot haben wir festgestellt, nach ihrer Ursache haben wir noch nicht gefragt. Wie kommt es, daß außerhalb des Prozesses das Bedingungsverbot schwerlich oft als lästig wird empfunden werden, während im Prozesse die Kollision mit diesem Verbote nicht zu vermeiden ist? Außerhalb des Prozesses ist niemand veranlaßt aufzurechnen, wenn er eine strittige Forderung des Gegners nicht anerkennt. Insoweit er es nicht vorzieht, selbst klagend gegen den anderen Teil vorzugehen, kann er ruhig abwarten, bis dieser durch gerichtliche Hilfe seinem Anspruche Anerkennung zu verschaffen sucht. Bis zu diesem Zeitpunkte besteht somit auch kein Interesse daran, einer Aufrechnungserklärung eine Bedingung

beifügen zu können. Ist aber einmal Klage erhoben, so muß der Beklagte aus dieser abwartenden Stellung heraustreten, wenn er nicht der Vorteile seiner Aufrechnungsbefugnis verlustig gehen will. Es wäre etwas anderes, wenn das Gericht seine Entscheidung darüber, ob es die Klageforderung als bewiesen erachtet, eröffnen würde, ehe es ein der Rechtskraft fähiges Urteil erläßt. Dann könnte der Beklagte sich noch entschließen, der richterlichen Ueberzeugung sich beugend den Anspruch des Gegners anzuerkennen, und durch Aufrechnung die Zwangsvollstreckung abzuwenden. Das kann er aber nicht. Nach unserem Prozeßsystem äußert das Gericht seine über den ganzen Prozeßstoff gewonnene Ansicht im allgemeinen in einem einzigen abschließenden Urteilsspruch. Ja der Beklagte kann nicht einmal abwarten, bis ihm eine Beweiserhebung ein Urteil über die Erweislichkeit des vom Gegner behaupteten Anspruchs oder seiner etwaigen Einreden ermöglicht; denn er muß gewärtigen, daß ihm, ehe er es ahnt, ein Urteil die Möglichkeit weiteren Vorbringens abschneidet.

Diese Eigenart unseres Prozesses ist es, was den Beklagten zum eventuellen Vorbringen nötigt, was die Kollision der Aufrechnungsbefugnis mit der Vorschrift des § 388 S. 2 BGB. herbeiführt. Wollte man also die Eventualaufrechnung als durch das Bedingungsverbot des § 388 BGB. ausgeschlossen ansehen, so würde gerade in dem Augenblick, in welchem das im BGB. normierte Aufrechnungsrecht seine höchste Bedeutung erlangen würde, nämlich im Prozesse, die Aufrechnungsbefugnis durch die Eigenart des Prozeßsystemes ausgeschlossen. Es liegt hier also gewissermaßen eine Gesetzeskollision vor. Es dürfte selbstverständlich sein, daß die Vorschrift des § 388 S. 2 BGB. durch das System des Zivilprozesses durchbrochen wird, und es dürfte hiergegen um so weniger ein Bedenken bestehen, als, wie Planck zu § 390 BGB. nachgewiesen hat, die ratio legis des § 388 BGB. dabei in keiner Weise verletzt wird.

§ 6.

Prozeßvollmacht und Aufrechnung.

Es wurde bereits erwähnt, daß von mehreren Schriftstellern die Erklärung der Aufrechnung im Prozeß als Prozeßhandlung bezeichnet wird. Ob sie es ist, brauchte oben nicht erörtert zu werden, da die insbesondere von Kohler und Wach aus dieser von ihnen behaupteten Tatsache abgeleiteten Folgen sich aus dem Begriff Prozeßhandlung nicht ergeben. Von Bedeutung ist die Frage dagegen für das Verhältnis der Prozeßvollmacht zur Aufrechnung.

Die Prozeßvollmacht ermächtigt zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen, so bestimmt § 81 ZPO. Alle bisherigen Erörterungen der Frage, ob sie zu einer Erklärung der Aufrechnung ermächtige, gehen dementsprechend von dem Begriff Prozeßhandlung aus. Insoweit es sich darum handelt, ob der Anwalt des Beklagten zur Erklärung der Aufrechnung ermächtigt ist, dürfte gegen diese Untersuchungsmethode auch nichts einzuwenden sein.

Eine sichere Abgrenzung des Begriffs Prozeßhandlung ist bisher nicht gelungen. Wenn die verschiedenen Definitionen auch im wesentlichen übereinstimmen,[1]) so weisen sie doch eine Reihe von Verschiedenheiten auf, welche eine verschiedene Beantwortung unserer Frage bedingen.

Der Begriff Prozeßhandlung ist nicht von Natur gegeben, sondern künstlich geschaffen. Es gibt kein einer Reihe rechtlicher Handlungen eigenes Merkmal, das dazu zwingen würde, sie unter dem Begriff Prozeßhandlung zusammen zu fassen und gegen die anderen rechtlichen Handlungen abzugrenzen, wie sich etwa die actiones in rem naturgemäß von den actiones in personam unterscheiden. Das Wort Prozeßhandlung besagt weiter nichts, als daß zwischen einer Rechtshandlung und einem Prozeß irgend eine Beziehung besteht. Es gibt unzählige

[1]) Zusammengestellt bei Raddatz, Sächs. Archiv Bd. X S. 217 ff.

solcher Beziehungen, von den engsten bis zu den entferntesten. Wo hier die Grenze des Begriffs Prozeßhandlung zu ziehen ist, dies festzulegen ist Sache desjenigen, der sich dieses Begriffs bedient. Nachdem sich die ZPO. dieser Aufgabe nicht unterzogen hat, vermag keine Interpretationskunst dem Begriff Prozeßhandlung beizukommen. Alle versuchten Definitionen sind mehr oder weniger willkürlich und Raddatz hat gewiß nicht unrecht, wenn er es für natürlich hält, daß sich die Umschreibung des Begriffs Prozeßhandlung jeweils danach richtet, was der betreffende Autor von der Prozeßvollmacht mit umfaßt, was ausgeschlossen wissen will.[1]) Dann bieten solche Definitionen allerdings eine schlechte Grundlage für die Untersuchung der Frage, ob die Prozeßvollmacht zur Erklärung einer Aufrechnung ermächtige.

Ohne auf die verschiedenen Definitionen näher einzugehen, können wir wenigstens soviel feststellen, daß eine gewisse Beziehung zwischen dem Prozeß und der in ihr abgegebenen Aufrechnungserklärung besteht. Sie ist ein Akt der Verteidigung, wie wir oben gesehen haben.[2]) Sie ist eine Handlung, welche vorgenommen wird in der Absicht, das Prozeßergebnis zu beeinflussen. In einem gewissen Sinne ist sie also zweifellos eine Prozeßhandlung, ob im Sinne des § 81 ZPO., muß dahingestellt bleiben.

Doch es mag zugegeben werden, daß der Prozeßbevollmächtigte zur Erklärung einer Aufrechnung als zur Vornahme einer Prozeßhandlung ermächtigt ist. Für die Erledigung desjenigen Teiles der Frage, der für die Praxis die größte Bedeutung hat, ist damit nicht viel gewonnen. Der Anwalt des Klägers kann dann allerdings, wenn eine Spezialvollmacht nicht ausgestellt ist, die Aufrechnungserklärung nicht deswegen zurückweisen, weil der Erklärende nicht bevollmächtigt sei. Aber er kann die Rechtserheblichkeit der Erklärung bestreiten, weil er nicht zu ihrer Entgegennahme ermächtigt sei.

[1]) Raddatz, Sächs. Archiv Bd. 10 S. 217 ff.

[2]) s. S. 25.

Ueber die Frage, ob die Prozeßvollmacht den Vertreter des Klägers ermächtigt, eine Aufrechnungserklärung anzunehmen, kann § 81 ZPO. keinen Aufschluß geben. § 81 ZPO. spricht nur von der Vornahme von Handlungen. In der Entgegennahme einer einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärung liegt aber nicht die Vornahme einer Handlung. Die Entgegennahme ist weiter nichts als ein Erleiden. Die Tatsache, daß der Briefträger den eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung enthaltenden Brief in dem Privatbriefkasten des Empfängers steckt, genügt ja zur Empfangnahme, auch wenn der Empfänger ihn nicht herausnimmt, ja, gar nichts von dem Briefe weiß.[1]) Von einer Handlung des Empfängers kann hier also gewiß keine Rede sein. Wollte man aber auch in der Entgegennahme einer einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärung eine Handlung erblicken, so wäre doch die Entgegennahme einer Aufrechnungserklärung im Prozeß gewiß keine Prozeßhandlung. Was die Erklärung selbst zu einer Prozeßhandlung in einem gewissen Sinne macht, ist nur die auf Verteidigung gerichtete Absicht des Handelnden. Diese oder eine ihr entsprechende Absicht läge aber bei dem Empfänger der Aufrechnungserklärung nicht vor.

Gewiß werden im Prozeß manche Erklärungen an den Prozeßbevollmächtigten gerichtet und von diesem entgegengenommen mit derselben Wirkung, wie im amtsgerichtlichen Verfahren von der nicht vertretenen Partei selbst. Hierher gehört insbesondere die Erhebung einer Widerklage und die Einlegung der Berufung und des Einspruchs. Allein diese Erscheinung ist kein unmittelbarer Ausfluß der Prozeßvollmacht. Vielmehr handelt es sich hier um prozeßrechtliche empfangsbedürftige Erklärungen, deren Adressat die vor Gericht auftretende Person als solche, nicht die Partei und statt ihrer kraft der Prozeßvollmacht ihr Prozeßvertreter ist. Dies ergibt sich deutlich daraus, daß diese Erklärungen unwirksam sind, wenn sie statt

[1]) Vgl. Cosack, Lehrb. d. bürgerl. Rechts § 59 II 1a.

dem Prozeßvertreter der Partei selbst zugehen. Der innere Grund dieser Erscheinung mag der sein, daß diejenigen Erklärungen, um die es sich hier handelt, ausschließlich von Bedeutung für den Prozeßbetrieb sind, der naturgemäße Adressat derselben also diejenige Person ist, in deren Händen auf gegnerischer Seite der Prozeßbetrieb liegt. Die in einem Prozeß erklärte Aufrechnung ist aber nur von Einfluß auf die materiellen Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien und auf die Prozeßentscheidung, in keiner Weise auf den Prozeßbetrieb. Dafür aber, daß die Prozeßvollmacht zur Entgegennahme anderer als dieser ausschließlich auf den Prozeßbetrieb sich beziehenden einseitigen Willenserklärungen ermächtige, dürfte sich nirgends ein Beispiel finden. Denn Anerkenntnis und Verzicht bedürfen nach der herrschenden Lehre nicht der Entgegennahme durch den Gegner,[1]) und bezüglich der Ausübung eines Rücktritts- oder eines Anfechtungrechts, sowie bezüglich einiger anderen ähnlichen einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärungen besteht die gleiche Streitfrage, wie bezüglich der Aufrechnungserklärung.[2])

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß der Prozeßvertreter des Beklagten zwar seinem Mandanten gegenüber auf Grund der Prozeßvollmacht zur Abgabe einer Aufrechnungserklärung berechtigt ist, daß er die Erklärung aber nur an den Gegner selbst, nicht an dessen Prozeßbevollmächtigten richten kann, es sei denn, daß diesem Spezialvollmacht erteilt wurde. Es ist klar, daß dies in der Praxis für den Beklagten beinahe dem Verlust der Aufrechnungsbefugnis im Prozeß gleichkommt. Dieser Mißstand wird von den Gegnern[3]) dieser Lehre mit Recht be-

[1]) Vgl. die Komm. v. Seuffert und v. Petersen-Anger, Bem. zu § 306.

[2]) Vgl. Förtsch, Sächs. Archiv Bd. 7 S. 401.

[3]) Eine Widerlegung der gegnerischen Lehre ist hier überflüssig, da die Gegner sämtlich vom Begriff Prozeßhandlung ausgehen, und die Frage, ob sich § 81 ZPO. nicht nur auf die Abgabe der Erklärung, sondern auch auf deren Entgegennahme beziehen könne, nirgends dürfte aufgeworfen worden sein.

tont, und auch von denjenigen, welche eine Spezialvollmacht zur Abgabe und Entgegennahme einer Aufrechnungserklärung für erforderlich halten, wird vielfach zugegeben, daß dieser Zustand unbefriedigend sei und eine Besserung desselben durch gesetzgeberische Maßnahmen not tue.

Einen Ausweg glaubt Götte[1]) gefunden zu haben. Er erklärt das Aufrechnungsrecht als einen besonderen Fall gesetzlich gestatteter Selbsthilfe. Dies komme zum Ausdruck in § 770 Abs. II. BGB., der dem Bürgen eine exceptio doli gebe, wenn der Gläubiger statt von diesem Recht auf Selbsthilfe Gebrauch zu machen gegen den Bürgen klagt. Auch dem Schuldner selbst müsse diese exceptio doli gegeben werden, wenn er ohne sein Verschulden bis zur mündlichen Verhandlung nicht imstande war, aufzurechnen. Zunächst geht aus Göttes Lehre nicht hervor, warum der Kläger nur dann dolos handelt, wenn der Beklagte ohne sein Verschulden vor der mündlichen Verhandlung nicht aufrechnen konnte. Vielmehr müßte man nach Götte annehmen, daß das Klagebegehren stets dolos sei, wenn der Kläger sich durch Aufrechnung befriedigen könnte, der Beklagte in diesem Falle also stets eine exceptio doli geltend machen könne, statt aufzurechnen. Es ist aber nicht richtig, daß der-

---

Erwähnt mag nur werden, daß die von Fitting (Hallenser Festgabe für Dernburg 1900) und Brettner (Deutsche Jur.-Zeitung Bd. III S. 17) vertretene Argumentation, zur Aufrechnungserklärung und deren Entgegennahme sei Spezialvollmacht deshalb nicht nötig, weil dies nach sächsischem, preußischem und gemeinem Rechte, das sich dem Standpunkt des BGB. immer mehr genähert habe, so gewesen sei, und weil das BGB. an dem früheren Rechtszustande nichts geändert habe, das hier gewonnene Ergebnis natürlich nicht berührt. Denn daß das letzte Stadium des gemeinen Rechts für unsere ganzen Untersuchungen nicht in Betracht kommen kann, wurde oben S. 18 ausführlich dargelegt, und wenn im Gebiete des sächsischen Rechts — angenommen, es wäre in diesem Punkte dem BGB. wirklich gleich gewesen — niemandem aufgefallen ist, daß für die Entgegennahme der Aufrechnung im Prozeß Spezialvollmacht nötig ist, so ist dies noch kein Beweis gegen unser Ergebnis.

[1]) Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 27 S. 164 ff.

jenige Kläger dolos handelt, der statt aufzurechnen seine Forderung einklagt. Das Gesetz zwingt zwar den Gläubiger-Schuldner, das Erlöschen seiner Schuld als Befriedigung für seine Forderung hinzunehmen, wenn der Gegner aufrechnet, aber es zwingt ihn nicht aufzurechnen. Dies ist praktisch unter Umständen von Wichtigkeit. Hat etwa A eine Forderung gegen B und B aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung des A eine Forderung gegen A, so könnte A als Beklagter die exceptio doli geltend machen sich darauf stützend, daß B von seinem Recht auf Selbstbefriedigung keinen Gebrauch mache. Würde also dem Beklagten stets eine exceptio doli auf Grund der Aufrechnungsbefugnis des Gegners zustehen, so könnte die Wirkung der Vorschrift des § 393 BGB. stets ausgeschaltet werden. Auch dürfte der nach Göttes Lehre in der Praxis erforderliche Beweis der Tatsache, daß der Beklagte ohne sein Verschulden nicht imstande war, vor der mündlichen Verhandlung aufzurechnen, große Schwierigkeiten bereiten. Denn wo ist hier die Grenze des Verschuldens zu ziehen? Darin, daß der Beklagte vor Rechtshängigkeit der Gegenforderung nicht aufgerechnet hat, kann kein Verschulden erblickt werden. Aber auch nicht darin, daß er es nicht sofort nach Eintritt der Rechtshängigkeit tat, selbst wenn er von seiner Forderung unbestrittenermaßen Kenntnis hatte. Es ist doch kein Verschulden des Beklagten, wenn er zunächst fest überzeugt ist, daß sein Bestreiten oder eine Einrede durchdringen werde, und sich erst in der mündlichen Verhandlung entschließt, vorsorglich aufzurechnen.

Immerhin dürfte der Ansicht Göttes ein richtiger Gedanke zugrunde liegen, nämlich der, daß dem Beklagten, der aus irgendwelchem Grunde nicht aufrechnen kann, irgendein Mittel zur Verfügung stehen muß, das ihm ermöglicht, durch Aufopferung seiner Gegenforderung der drohenden Zwangsvollstreckung zu entgehen. Welcher Art dieses Mittel ist, davon soll im folgenden gehandelt werden.

IV. Kapitel.

§ 7.

Eine Aufrechnung im Prozeß, welche in der Geltendmachung einer materiellen Aufrechnungseinrede besteht.

Wir haben zwei Fälle gefunden, in denen es dem Beklagten unmöglich ist aufzurechnen:

1. wenn der Kläger nicht persönlich anwesend und sein Prozeßvertreter zur Entgegennahme einer Aufrechnungserklärung nicht bevollmächtigt ist,

2. wenn der Kläger zwar persönlich anwesend ist oder seinem Prozeßvertreter Spezialvollmacht erteilt hat, der Beklagte aber das Bestehen der klägerischen Forderung bestreitet.[1])

Daß diese Unmöglichkeit insbesondere bei mangelnder Spezialvollmacht des gegnerischen Anwalts nur eine vorübergehende ist, ist belanglos. Denn nach der Eigenart unseres Prozeßsystems muß der Beklagte spätestens im Termin zur mündlichen Verhandlung aufrechnen können, wenn er nicht der Gefahr ausgesetzt sein soll, der Vorteile aus seiner Gegenforderung verlustig zu gehen. Daß er aber nicht schon vor der Verhandlung aufgerechnet hat, kann nicht, wie im vorigen Paragraph erwähnt wurde als ein Verschulden des Beklagten angesehen werden und es können ihm daraus auch keine Rechtsnachteile erwachsen.

Der wichtigste Grund, der in § 3 dafür vorgebracht wurde, daß es im Prozeß keine Ausnützung der Kompensationslage gebe, die etwas anderes ist, als die Vornahme des im BGB. normierten einseitigen empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfts der Aufrechnung, gilt für diese beiden Fälle nicht. Das Rechtsschutzbedürfnis, dessen Mangel, wie wir oben[2]) angenommen haben, die Möglichkeit ausschließt, den Richter in anderer

[1]) f. S. 38.
[2]) f. S. 22.

Weise, als durch Berufung auf vollzogene Aufrechnung mit der Gegenforderung zu befassen, ist hier gegeben. Es steht also an sich nichts im Wege anzunehmen, daß in diesen Fällen der Beklagte an das Gericht eine auf das Vorhandensein seiner Gegenforderung gestützte Prozeßerklärung richte.

Eine exceptio doli, wie sie Götte vorschlägt, würde also durch die Deduktionen unseres § 3 nicht ausgeschlossen. Freilich kann sie nicht, wie wir im vorigen Paragraph gesehen haben, darauf gestützt werden, daß der Kläger dolos handle, indem er klage statt selbst aufzurechnen. Immerhin liegt der Gedanke an ein doloses Handeln des Klägers schon in Erinnerung an das gemeine Recht nahe. Doch dürfte uns das Verhalten des Klägers, der seinem Prozeßvertreter keine Spezialvollmacht erteilt, mehr deswegen dolos erscheinen, weil er angreift ohne sich selbst dem gegnerischen Angriff auszusetzen. Es werden in diesem Falle gewissermaßen die Waffen der beiden Parteien ungleich. Das Verhalten des Klägers deswegen als dolos zu bezeichnen, weil er nicht zur Wahrung der Interessen seines Gegners seinem Prozeßvertreter Spezialvollmacht zur Entgegennahme einer etwaigen Aufrechnungserklärung erteilt, dürfte aber doch etwas gewagt sein. Noch schwerer ist es, einen dolus des Klägers zu konstruieren, wenn der Beklagte seines Bestreitens wegen nicht imstande ist aufzurechnen. Man könnte nur annehmen, daß der Beklagte, um das nach unseren Ausführungen auf S. 37 nötige Entstehen der klägerischen Forderung zu ermöglichen, sich dem Kläger gegenüber zum Abschluß eines schriftlichen Anerkenntnisvertrags erböte, der die Bedingung enthielte: falls der Kläger das Bestehen seiner Forderung dartun, d. h. den Richter von dem Bestehen derselben überzeugen sollte. Nimmt der Kläger das Vertragsangebot an, so ist dem Beklagten die Erklärung einer Eventualaufrechnung ermöglicht, lehnt er es ab, so handelt er damit dolos. Diese Konstruktion würde aber von vornherein darauf verzichten, die in diesem Falle jetzt übliche Eventualaufrechnung zu erklären; denn es dürfte bisher noch keinem Beklagten beigefallen

sein, an den Kläger ein solches auf Abschluß eines schriftlichen Anerkenntnisvertrags abzielendes Angebot zu richten. Außerdem haben diese Versuche, eine dem Beklagten zustehende exceptio doli zu begründen, den Nachteil, daß hierbei nicht das Klagebegehren selbst, sondern ein von diesem getrenntes Verhalten des Klägers, dort das Nichtbevollmächtigen seines Vertreters, hier die Ablehnung eines Vertragsangebots dolos erscheint. Überdies ist es keineswegs allgemein anerkannt, daß der Richter eine exceptio doli generalis auch in solchen Fällen berücksichtigen darf, welche dem geschriebenen Rechte fremd sind, in denen aber die Anwendung der Rechtsregel dem Wesen der Sache und den Zwecken des Rechts zuwiderliefe, wenn auch Dernburg[1]) für die Fortdauer der produktiven Kraft der exceptio doli generalis eintritt.

Im Anschluß an unseren § 3 ergibt sich, daß in den beiden Fällen, von denen hier die Rede ist, dem Beklagten ein Rechtsbehelf zusteht, welcher der Konstruktion geringere Schwierigkeiten bereitet, als die eben erwogene exceptio doli generalis. Die Frage, ob die Kompensationslage unter der Herrschaft des bürgerlichen Gesetzbuchs eine materielle Einrede erzeuge, haben wir verneint, weil diese Einrede ein Rechtsbehelf wäre, der nur zur Befriedigung eines nicht vorhandenen Bedürfnisses dienen könnte.[2]) In diesen beiden Fällen, in denen das Selbsthilferecht der einseitigen Aufrechnungserklärung gerade im entscheidenden Augenblick versagt, wäre eine solche materielle Einrede schon geeignet ein zweifellos vorhandenes Bedürfnis zu befriedigen. Man kann daher eine gegenseitige exzeptionsmäßige Schwächung der beiden kompensablen Forderungen unter der Herrschaft des BGB. nicht schlechterdings leugnen. Dieselbe ist vielmehr stets vorhanden, zumeist aber, solange nämlich die Möglichkeit einseitiger Aufrechnungserklärung gegeben ist, nur latent; sie ist durch dieses Selbsthilferecht gewissermaßen

[1]) Pand. S. 321.
[2]) s. oben S. 17.

verdeckt und kann nicht geltend gemacht werden. Fällt die Möglichkeit einseitiger Aufrechnungserklärung weg, so kommt die materielle Einrede voll zur Geltung, und eine Berufung auf dieselbe ist dann nicht ausgeschlossen.

Diese Lösung der Frage, ob die Kompensationslage nach dem BGB. eine materielle Einrede erzeugt, dürfte dem Aufrechnungsrecht des BGB. am besten entsprechen. Denn wenn auch daran festgehalten werden muß, daß die Kompensationslage regelmäßig keine materielle Einrede erzeugt, daß sie insbesondere nicht zur Retention des Geschuldeten berechtigt, so darf doch auch nicht verkannt werden, daß von den beiden Momenten, die nach heutigem Recht das Erlöschen kompensabler Forderungen bewirken — nämlich die Coexistenz im Zustande der Kompensabilität und die einseitige Erklärung — dem ersteren im Aufrechnungsrecht des BGB. die größere Bedeutung beigelegt ist. [1])

Die Frage, von welcher Art diese materielle Einrede ist, ist eine Frage des materiellen Rechts, nicht des Prozeßrechts. Von ihrer Beantwortung hängt es ab, wie man sich den Vollzug der Aufrechnung vorzustellen hat, wenn diese Einrede im Prozeß geltend gemacht wird. Die Streitfragen des gemeinen Rechts dürften in diesem Punkte auch für den heutigen Rechtszustand ihre Bedeutung noch nicht verloren haben. Jedenfalls wird man nicht fehl gehen, wenn man annimmt, daß der Aufrechnungsvollzug mit der Berücksichtigung der Einrede im Urteil oder wenigstens nicht vor derselben stattfindet.

Jedenfalls haben wir es hier mit einer wahren „Aufrechnung im Prozeß" zu tun, d. h. mit einer Ausnützung der Kompensationslage, die etwas anderes ist als die Vornahme des im BGB. normierten einseitigen empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfts der Aufrechnung. Eine solche Aufrechnungs-„Einrede" im engsten Sinne [2]) ist selbstverständlich unabhängig von einer Entgegen-

[1]) Vgl. Liebknecht, Vorbehaltszahlung und Event.-Aufr. S. 108—110.
[2]) Vgl. Bunsen, Lehrb. d. deutschen Zivilprozeßrechts S. 207 ff.

nahme durch den Gegner, nur eine solche Aufrechnungseinrede wird nicht durch primäres Bestreiten mit logischer Notwendigkeit ausgeschlossen. Sie ist lediglich ein an den Richter gerichteter Antrag des Inhalts, falls er die Forderung des Klägers als bestehend ansehen sollte, möge er berücksichtigen, daß dieselbe durch eine Gegenforderung exzeptionsmäßig geschwächt sei. Ein dem Bestreiten widersprechendes Urteil des Beklagten über das Bestehen der klägerischen Forderung ist in dieser Erklärung nicht enthalten.

Diese Einrede ist natürlich in allem eine Prozeßerklärung; daß der Prozeßvertreter durch die Prozeßvollmacht ermächtigt ist, sie vorzubringen, sowie daß sie eventuell geltend gemacht und jederzeit einseitig widerrufen werden kann, bedarf demnach keiner Erörterung.

V. Kapitel.

§ 8.

Die materiellrechtliche Wirkung des prozessualen Aufrechnungsvorbringens.

Nachdem wir versucht haben, das Aufrechnungsvorbringen im Prozeß in seinen verschiedenen Erscheinungsformen zu erkennen, können wir zusammenfassend feststellen, welche materiellrechtlichen Wirkungen dasselbe hat und inwieweit diese durch das Schicksal des Prozesses beeinflußt werden.

Bestreitet der Beklagte die klägerische Forderung nicht und bringt er auch keine Einrede vor, sondern erklärt er nur eine Aufrechnung, auf welche er sich alsdann beruft, so bewirkt diese Aufrechnung im Augenblick der Erklärung das Erlöschen der beiden Forderungen. Daß die Erklärung im Termine zur mündlichen Verhandlung abgegeben wird, ist etwas Zufälliges. Mag auch der Prozeß liegen bleiben, die Wirkung der Aufrechnungserklärung wird dadurch in keiner Weise beeinflußt.

Gibt der Beklagte über die klagebegründenden Tatsachen eine Erklärung mit Nichtwissen ab, oder bringt er eine Einrede vor, welche nicht in der Geltendmachung einer rechtsaufhebenden Tatsache besteht, und rechnet er „eventuell" auf, so gibt er eine ausnahmsweise bedingte Aufrechnungserklärung ab, die natürlich mit dem Eintritt der Bedingung wirksam wird. Das bedingende Ereignis ist dies, daß der Richter das Bestehen der klägerischen Forderung als dargetan beziehungsweise die vom Beklagten vorgebrachte Einrede als unbegründet erkennt. Tritt dieses bedingende Ereignis nicht ein, sei es daß der Richter die klägerische Forderung als nicht erwiesen oder die Einrede als begründet erachtet, sei es daß der Prozeß liegen bleibt und es somit zu einem richterlichen Erkennen überhaupt nicht kommt, so hat die Aufrechnungserklärung auch keine Wirkung. Durch den Prozeß wird diese Erklärung nur insoferne beeinflußt, als sie die ihr sonst eigene Bedingungsfeindlichkeit verliert, ferner besteht eine enge Beziehung zu demselben darin, daß ihre Wirkung von dem Eintritt eines Ereignisses abhängt, das mit dem Schicksal beziehungsweise mit der Entscheidung des Prozesses aufs engste verknüpft ist. Im übrigen aber unterscheidet sich diese Aufrechnungserklärung in nichts von jeder außerhalb eines Prozesses erklärten Aufrechnung. Einseitiger Widerruf ist daher ebenso wirkungslos wie bei irgend einer anderen bedingten Willenserklärung.

Kann in den beiden bisher erörterten Fällen der Beklagte die beabsichtigte Aufrechnungserklärung nicht abgeben, weil der Gegner persönlich nicht anwesend ist und dessen Prozeßvertreter sich als zur Entgegennahme derselben nicht bevollmächtigt erklärt, oder bestreitet der Beklagte das Bestehen der klägerischen Forderung, sei es daß er die klagebegründende Tatsache bestreitet, oder daß er eine rechtsaufhebende Tatsache durch Einrede geltend macht, so ist sein primäres wie sein eventuelles Aufrechnungsvorbringen keine Aufrechnungserklärung im Sinne des BGB. mit Berufung auf dieselbe, sondern nur das Vorbringen einer materiellen Einrede. Wird in diesem Falle die Klage ohne

Berücksichtigung dieser Einrede abgewiesen, so bleibt dieselbe ohne jede rechtliche Wirkung, wie jede reine Prozeßerklärung, welche die Prozeßentscheidung nicht beeinflußt. Das gleiche gilt, wenn dieser Einfluß auf die Prozeßentscheidung durch einseitigen Widerruf der Einrede ausgeschlossen wird, oder wenn der Prozeß liegen bleibt und es zu einer Prozeßentscheidung somit überhaupt nicht kommt.